Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Karl Golser

Rorschacherberg

1956 - Buchdruckerei Muri, Schertenleib & Malzacher GmbH., Muri-Bern

Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Karl Golser

Rorschacherberg

1956 - Buchdruckerei Muri, Schertenleib & Malzacher GmbH., Muri-Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Juni 1954 auf Antrag von Prof. Dr. Willy Koenig als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547620_0105

Inhaltsverzeichnis

A. *Geschichtliche Entwicklung und Begriffsbestimmung der bürgschaftsähnlichen Versicherungen.*

I. *Geschichtliche Entwicklung.*
1. Die Kreditversicherung.
2. Die Kautions- und Veruntreuungsversicherung.

II. *Begriff und Wesen.*
1. Die Kreditversicherung.
2. Die Veruntreuungsversicherung.
3. Die Kautionsversicherung.

III. *Das Verhältnis zwischen der Kreditversicherung und der Kautions- und Veruntreuungsversicherung.*

B. *Die Bürgschaft.*

1. Begriff und Wesen.
2. Der Vertragscharakter der Bürgschaft.

C. *Die Abgrenzung der Kreditversicherung von der Bürgschaft.*

I. *Begriffliche Abgrenzung.*
Von Schadensversicherung und Bürgschaft.
Schadenersatzpflicht bzw. Erfüllungspflicht.
Selbständigkeit und Gegenseitigkeit.

II. *Inhaltliche Abgrenzung bzw. Unterschiede.*
Leistungspflicht.
Klagbarkeit.
Entgeltlichkeit.

III. *Gemeinsamkeiten.*
Akzessorietät.
Beeinträchtigung der Forderung — schadenstiftendes Ereignis.
Gefahranzeigepflicht.
Schriftlichkeit.
Plan- und Gewerbsmässigkeit.

Literaturverzeichnis

Beck: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942.

Berliner: Die rechtliche Natur der Kautionsversicherung in Juristische Rundschau für Privatversicherung 1929, S. 27.

Bruck: Das Privatversicherungsrecht 1930.

Corrodi: Die Versicherung für fremde Rechnung, Zürich 1916.

Ehrenzweig: Versicherungsvertragsrecht, Wien 1935.

Eidlitz-Graz: Die Kautionsversicherung in Oesterreichischer Zeitschrift für öffentliche und private Versicherung, 1918.

Francuski: Die Kreditversicherung, Basel 1928.

Frey: Die Voraussetzungen der Bürgschaft, Zürich 1943.

Goldschmidt: Die Exportkreditversicherung, Freiburg i. Br. 1928.

Goltz: Die Sicherung des aktiven Bankkredites durch Kreditversicherung, Frankfurt a. M. 1933.

Gottschalk: Zum Begriffe der Kredit-(Kautions-)Versicherung in Z.f.V.W. 1926, S. 47.

Guhl: Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942.

Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1948.

Hauck: Ueber Bürgschaft, ihre Arten und verwandte Verträge, Leipzig 1909.

Hecker: Zur Lehre der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge, München 1894.

Hemmer: Die Exportkreditversicherung und ihre Einführung in die Schweiz in Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft 1928, Heft 1.

Hermannsdorfer: Die Kreditversicherung als Hilfsmittel der Finanzierung in Z.f.g.V.W. 1926, S. 121.

Herzfelder: Das Problem der Kreditversicherung, Leipzig 1904.

Kersting: »Bürgschaftsversicherung« in Juristische Rundschau für die Privatversicherung 1928, S. 361 ff.

Kiefer: Garantievertrag und Bürgschaft in ihrer gegenseitigen Abgrenzung, Basel 1933.

Koenig: Versicherungsrecht, Bern 1938.

Lerch und Tuason: Das Bürgschaftsrecht im schweizerischen Recht, Zürich 1936.

v. Liebig: Beiträge und Vorschläge zum Problem der Kreditversicherung, Berlin 1905.

Massmann: Die Kreditversicherung in juristischer Betrachtung in Z.f.g.V.W. 1928.

Mildebrath: Allgemeines und Besonderes zur Frage der Kreditversicherung, Festgabe für Otto Prange, Berlin 1926.

Molt: Der Kreditversicherungsvertrag, Stuttgart 1913.
Ostertag-Hiestand: Versicherungsvertrag 2. Auflage, Zürich 1928.
Pfisterer: Die rechtliche Natur der Export-Kreditversicherung, Bern 1940.
Rein: Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht, Jena 1937.
Roelli: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag Bd. II, Bern 1932.
Roeschli: Die staatliche Exportkreditversicherung, Zürich 1930.
Schlesinger: Einbruch-, Veruntreuungs-(Kautions-), Manko-, Tout-Risque-Versicherung in oesterreichische Zeitschrift für öffentliche und private Versicherung, 1918.
Schnedelbach: Das Recht der Kreditversicherung, Leipzig 1929.
Silberschmidt: Der Versicherungsfall der Veruntreuungsversicherung, Maarburg 1930.
Thalmann: Das Wesen der Bürgschaft des Schweizerischen Obligationenrechtes, Bern 1943.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908.
Wipf: Der versicherungsrechtliche Inhalt der Kautions- und der Veruntreuungsversicherung, Zürich 1937.
Zeitschrift für Schweizerische Statistik und Volkswirtschaft 1931.

A. Geschichtliche Entwicklung und Begriffsbestimmung der bürgschaftsähnlichen Versicherungen.

I. Die geschichtliche Entwicklung.

1. *Die Kreditversicherung.*

Die Bemühungen, die dem Gläubiger drohende Verlustgefahr auf dem Wege der Versicherung auszuschliessen oder herabzumindern, gehen zurück bis auf die Zeit, da der Gläubiger für seine Leistung nicht mehr Zug um Zug auf Gegenleistung rechnen konnte. Der Gedanke der Kreditversicherung ist somit ein sehr alter, seine praktische Verwirklichung ist schon sehr früh, und besonders in den Ländern versucht worden, wo der Güteraustausch und damit im Zusammenhang das Kreditbedürfnis einen grossen Umfang angenommen und die Verlustgefahr gesteigert hatten. Mit zunehmender Entwicklung der Volkswirtschaft aus der reinen Tauschwirtschaft zur Kreditwirtschaft mehrte sich die Zahl der Wirtschaftssubjekte, deren Vermögen weniger in Eigentum und Besitz an Sachgütern als Forderungen bestand, deren Existenz also davon abhing, dass ihre Schuldner pünktlich und richtig zahlten, dass durch Schwankungen des Kreditsystems nicht ihr eigener Kredit gefährdet wurde. Die Kreditgefahr, die früher nur vereinzelt und vorübergehend auftrat, wurde allgemein und dauernd: Das Bedürfnis einer «Kreditversicherung» war damit gegeben.[1]

Obwohl von einem direkten Zusammenhang mit dem heutigen Rechtsgebilde nicht gesprochen werden darf, so müssen die früheren Rechtsinstitute, vom entwicklungsgeschichtlichen Gesichtspunkte aus betrachtet, dennoch aufgezeigt werden. Mit diesen Rechtsinstituten meint Massmann z. B. »diejenigen Versicherungen, die im Mittelalter von Kaufleuten genommen wurden, die das Seeversicherungsgeschäft betrieben und sich oft selbst gegen das Risiko der

1) Molt Walter: Der Kreditversicherungsvertrag, S. 4.

Zahlungsfähigkeit des Versicherten bei einem Dritten versicherten. Die Codifikation des Seerechtes: Le guidon de la mer (ca. 1600) sowie l'ordonnance de la mer (1681) über das Seewesen haben ausdrücklich diese Versicherung erlaubt«.[2]

England und die Vereinigten Staaten waren später diejenigen Länder, in denen zuerst Projekte ausgearbeitet wurden, die die Kreditversicherung auf verschiedenen Einzelgebieten durchzuführen versuchten. Aber die Projekte gewannen nur zum Teil Leben, und soweit sie in Gestalt von Gesellschaften verwirklicht wurden, hatten sie meistens nur eine kurze und nicht immer rühmliche Dauer. Man darf den Werdegang der Kreditversicherung bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts als eine Kette von Fehlschlägen bezeichnen.

Zum ersten Mal tauchte der Gedanke einer Kreditversicherung in England zur Zeit des sogenannten Südseeschwindels auf (1710—1720). Die ersten Versuche, ein solches Institut ins Leben zu rufen, blieben wegen der schlechten Erfahrungen und des in Kaufmannskreisen anwachsenden Misstrauens im Keime stecken. Zudem fehlte hiezu jegliche Grundlage. Herzfelder drückte mit seinem berühmten Zitat: »Die Geschichte einer Versicherung gegen Insolvenzen ist selbst eine Geschichte von Insolvenzen« dieser Entwicklungsperiode die richtige Prägung auf.[3]

Erst hundert Jahre später wurde mit der Gründung der Securities Insurance Company Ltd., die ihre Aufgabe darin sah, die Verluste aus Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen durch Versicherung zu decken, der Plan verwirklicht. Doch auch dieser Gesellschaft blieb der Erfolg versagt. Diesem Versuche folgte eine Reihe von Gründungen, die sich nicht halten konnten. Man darf also bei diesen ersten Versuchen von einer Kreditversicherung streng genommen nicht sprechen, denn, wie Francuski sagt, waren es vielmehr »Gesellschaften, welche in der Garantie der Kredite ein Spekulationsgeschäft sahen«.[4] Zudem wurden die Grundsätze der Versicherung in keiner Art und Weise angewandt. Man darf diese Periode gewissermassen als die Einleitung zu der Geschichte der Kreditversicherung in England bezeichnen.

Die Geschichte des Geschäftszweiges,[5] der heute als Kreditversicherung bezeichnet wird, beginnt in England mit der Gründung von »The Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd.« im

2) Massmann E.: Die Kreditversicherung, S. 1.
3) Herzfelder E.: Die Geschichte der Kreditversicherung.
4) Francuski A.: Die Kreditversicherung, S. 16.
5) Vgl. hierzu insbesondere Francuski und Herzfelder: Die geschichtliche Entwicklung der Kreditversicherung.

Jahre 1871, ein System, das zum ersten Mal die Kreditversicherung auf eine reelle Unterlage stellte. Dieses System wurde auch durch die Hamburger Versicherung A. G. »Globus« in Deutschland eingeführt und erprobt. Es wurde unter dem Namen »Englisch-Hamburgisches System« bekannt. Sie galt auch für alle späteren Gründungen von Kreditversicherungsanstalten als Vorbild.

In den vierziger Jahren des vorigen Jahrhunderts fand der Gedanke einer Kreditversicherung auch in Frankreich Eingang. Abweichend von England machte sich in Frankreich ein gänzlich anderes System dieses Versicherungszweiges geltend. Die dort gegründeten Versicherungsgesellschaften wurden in der Hauptsache als Auskunftsinstitute benützt. Die Kreditversicherung wurde in der Weise betrieben, dass die Mitglieder der Gesellschaft zugleich Versicherer und Versicherte waren: diejenigen, die in einem Versicherungsjahr keinerlei Schäden erlitten haben, sind die Versicherer, alle andern sind Versicherte. Damit nun jedes Mitglied bemüht ist, zu der ersten Kategorie zu gehören und auch um die kaufmännische Klugheit der Versicherer zu belohnen, ist deren Beitrag niedriger als der der Versicherten. Unter den Versicherten stufte sich die Prämie im Verhältnis zu den wirklich erlittenen Schäden ab und bemass sich nicht nach dem ursprünglich geschätzten Risiko.

Im Jahre 1845 wurde die erste Kreditversicherungsgesellschaft »l'Union de Commerce« gegründet. Die Bankfirma Maillet & Cie. in Paris gründete in der Folge mehrere Gesellschaften, wie unter anderem »l'Assurance du Crédit de Commerce« im Jahre 1846.[6] Der Umfang der Geschäfte wuchs, die Geschäftsbeziehungen erstreckten sich nach Holland, Deutschland, Luxemburg und Schweiz. Jedoch infolge ungenügender Gefahrengruppierung und unvorsichtigen Geschäftsgebahrens ging die Gesellschaft unter. Die erste Periode intensiver Gründungstätigkeit auf dem Gebiete der Kreditversicherung wurde mit der Errichtung der Gesellschaft »Le Crédit Commercial« abgeschlossen und endete mit einem Misserfolg. In der Periode 1880—1895 entstanden mehrere Gesellschaften, die sich mit der Versicherung des Kreditrisikos befassten, unter ihnen sind zu nennen: »Le Ducroire«, »Compagnie d'assurance contre les risques du crédit«, »L'assurance commerciale contre les pertes d'argent«, »L'Europe Commerciale«, »Le Commerce«, »Le Lloyd Commercial«.[7]

So günstig in diesen neu gegründeten Gesellschaften die Aussichten für einen Erfolg schienen, so klar zeigte sich nachträglich

6) Vgl. Francuski: Die Kreditversicherung, S. 29.
7) Vgl. Francuski: S. 30 und insbesondere Herzfelder.

die Eintagsexistenz. Als Ursachen der misslungenen Versuche werden allgemein bezeichnet:

1. der Mangel eines Auskunftswesens, um den Versicherer über die Zahlungsfähigkeit des Versicherten und seiner Klienten auf dem laufenden zu halten;
2. ungenügende Beurteilung des Risikos, der Mangel einer Rückversicherung;
3. die ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse.

Die weitere geschichtliche Entwicklung der Kreditversicherung in Frankreich bietet ein ausserordentlich abwechslungsreiches Bild. Bis zum Jahre 1914 finden sich zahlreiche interessante und geistreiche Versuche, deren praktische Durchführung indessen auf unüberwindbare Schwierigkeiten stiess. Nach Beendigung des ersten Weltkrieges bildete die Frage der Kreditversicherung auf Anregung einer Anzahl Industrieller und Kaufleute Gegenstand neuerlicher Untersuchungen. Eine rege Tätigkeit setzte auf diesem Gebiete ein. Wiederum entstand eine Reihe von Gesellschaften: »La National des Risques Divers«, »L'Urbain et la Seine«, »Compagnie des Assurances générales«, »L'Union«, »Lloyd de France«, »Zenith« und so weiter[8].

Auch in Deutschland wurde der Gedanke der Kreditversicherung spät in die Tat umgesetzt. In den siebziger Jahren des 18. Jahrhunderts hat man versucht, in Preussen eine staatliche Kreditversicherung zu schaffen. Während in England und Frankreich in den fünfziger Jahren schon mehrere Institute, meistens mit sehr kurzem Erfolg, arbeiteten, war man in Deutschland um dieselbe Zeit noch nicht über das blosse Projektieren hinausgekommen[9]. Dank der Erkenntnis, dass doch die Kreditversicherung im Wirtschaftsleben ein nicht fortzudenkendes Institut war, hat das Gebiet neue Bearbeitung und Ausweitung erfahren. Zuerst befasste sich das preussische Ministerium unter der Leitung des geistigen Oberhauptes Büsch, angeregt von Professor Wurmb im Jahre 1770, mit diesem Versicherungszweige. In den folgenden Jahren fanden weitere Untersuchungen über einen solchen Plan statt, der dann aber nach erfolgtem Rücktritt des Ministers im Entwurf liegen blieb. Büsch hat jedoch den Gedanken der Kreditversicherung weiterverfolgt und nie an der praktischen Durchführung gezweifelt. Die damalige Zeit war jedoch für die Verwirklichung der Idee nicht fördernd. Es folgte eine Reihe von misslungenen Gründungen, die

8) Vgl. Assekuranz-Jahrbuch, Bd. 45 und Zeitschrift f. d. V. W. Bd. 25.
9) Francuski: Die Kreditversicherung, S. 39.

ein rasches Ende fanden[10]. Erst Mitte der achtziger Jahre glaubte man an eine praktische Durchführung mit den Gründungen:

> »Die Kölnische Kapital- und Kreditversicherungsgesellschaft«, »Die Magdeburger Kreditversicherungsgesellschaft«, »Delkredere« (in Mannheim), »Versicherung gegen Handelsverluste« usw.[11].

Aber alle diese Unternehmungen hatten nicht den gewünschten Erfolg. Den ersten ernsten Versuch stellt die Gründung der »Hanseatischen See- und allgemeinen Versicherungsgesellschaft« in Hamburg im Jahre 1885 dar, die aus der englischen Gesellschaft »The Ocean Accident and Guarantee Corporation Limited« hervorgegangen ist. Die ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der damaligen Zeit (1908) haben jedoch einen hemmenden Einfluss auf die Entwicklung der Kreditversicherung ausgeübt[12]. Auch der erste Weltkrieg mit seinen Begleiterscheinungen wirkte ungünstig auf das Gedeihen eines derartig empfindlichen Organismus, wie es die Kreditversicherung ist, ein. Hierzu traten die Gefahren, die den internationalen Güteraustausch beim Wiederaufbau der Volkswirtschaft bedrohten. Der Krieg hatte neue Probleme geschaffen, denen das Versicherungswesen gerecht zu werden suchte. Zu diesen gehörte auch die Kreditversicherung. Die gesteigerte Produktionstätigkeit, die sich in Deutschland nach dem Krieg entfaltete, hatte zur Folge, dass der mit Waren überfüllte Inlandsmarkt durch eine vermehrte Ausfuhr entlastet werden musste. Aus diesen Gründen trat die Kreditversicherung in den Vordergrund des wirtschaftlichen Lebens. Einen neuen Abschnitt in der Entwicklung der Kreditversicherung in Deutschland bildete die in Berlin erfolgte Gründung (1917) der »Hermes Kreditversicherungsbank A.-G.«, ferner »Albingia, Versicherungs-A.-G. Hamburg«, »Kölnische Versicherungsbank A.-G.«.

2. *Kautionsversicherung, Veruntreuungsversicherung und Garantieversicherung.*

Die historischen Anfänge der Veruntreuungs- und Kautionsversicherung reichen in den Beginn des 18. Jahrhunderts zurück. Die Wurzel der Unterschlagungsversicherung liegt, wie die der Mehrheit aller Versicherungsformen, im klassischen Land der Asse-

10) Vgl. Herzfelder S. 70 und Schimmelpfeng: Das Problem der Kreditversicherung, Berlin 1887, S. 40 ff.
11) In Lübeck, Bremen und Frankfurt erfolgten ebenfalls weitere Gründungen.
12) Francuski: S. 44.

kuranz, in England, wo sich schon um 1720 Spuren einer Garantieversicherung finden lassen.

Allein erst im Jahre 1840 wurde in demselben Lande die erste Veruntreuungsversicherungsgesellschaft »Guarantee Society of London« auf der Grundlage der Gegenseitigkeit ins Leben gerufen[13]. Welche Bedeutung man damals dieser Neueinführung beimass, geht aus dem Erlass eines eigenen diesbezüglichen Gesetzes durch das englische Parlament, der sogenannten »English Guarantee Act« im Jahre 1840 hervor. Darnach wurden gegen ziemlich hohe Prämienansätze Policen herausgegeben, deren Hinterlegung einer Barkaution in öffentlichen Diensten gleichkam. Kurz darnach, 1842, tauchte ebenfalls in England der Gedanke einer Verbindung der Veruntreuungsversicherung mit der Lebensversicherung auf, ein Gedanke, der 1849 in die Praxis umgesetzt und auch beibehalten wurde[14]. Seitdem hat sich die Veruntreuungsversicherung in England, namentlich auch als Ersatz für die Kautionsleistung öffentlicher Beamter, durchaus eingebürgert. Diese Versicherungsart zu einer dauernden Einrichtung zu gestalten, gelang jedoch nicht.

In Amerika besonders, dem Lande des freien Dienstvertrages und zugleich dem Lande, das durch die geringste Kontrolle und Ueberwachung des Einzelnen der Möglichkeit von Veruntreuungen den weitesten Spielraum gewährt, haben die Versicherungsunternehmungen, die »Fidelity and Guarantee Insurance Companies«, eine grosse Bedeutung gewonnen. Vor allem in den Vereinigten Staaten von Nordamerika bedeutete die Einführung der Veruntreuungsversicherung einen unbestrittenen geschäftlichen Erfolg, der sich seit 1890 fortschreitend entwickelte.

In Deutschland finden sich erst zu Ende der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts die ersten Spuren einer Kautionsversicherungsanstalt, die erstmals im Jahre 1869 durch die Lebensversicherungsgesellschaft zu Leipzig, eine der Veruntreuungsversicherung wirtschaftlich ähnliche Einrichtung, ins Leben gerufen wurde. Sie gewährte kautionspflichtigen Personen, die bei ihr eine Lebensversicherung gezeichnet hatten, gegen Verpfändung der Forderung aus der Lebensversicherung, Darlehen, mit deren Valuta der Kautionspflichtige die der Behörde zu leistende Kaution begleichen konnte[15].

13) Vgl. Wipf E.: Der versicherungsrechtliche Inhalt der Kautions- und der Veruntreuungsversicherung, S. 1.

14) Vgl. Silberschmidt H., S. 5 und Oesterreichische Zeitschrift für öffentliche und private Versicherung, 1918, S. 551 ff.

15) Vgl. H. Silberschmidt: Der Versicherungsfall der Veruntreuungsversicherung.

Die Gesellschaft erhob zu ihrer Sicherung gegen das übernommene Risiko von den Kautionspflichtigen Nebenleistungen. Aus diesen sogenannten Gewährleistungsbeiträgen wurde ein Sicherheitsfond geschaffen, der, soweit er nicht zur Deckung von Verlusten der Gesellschaft benötigt wurde, nach einer bestimmten Reihe von Jahren unter die Kautionspflichtigen verteilt wurde[16]. Dieses System, das auch von andern Gesellschaften nachgeahmt wurde, erreichte nie einen bedeutenden Umfang. Silberschmidt sah die Hauptschuld in der hohen finanziellen Belastung, welche die Gesellschaften den Kautionsdarlehensnehmern auferlegten, und anderseits in dem Umstand, dass die Lebensversicherungsgesellschaften, die einen grossen Teil ihres Vermögens zur Deckung von Versicherungsfällen anlegen mussten, nur einen kleinen Teil ihres Vermögens in Kautionsdarlehen festlegen konnten[17]. Zudem wurde gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Kautionspflicht der öffentlichen Beamten beinahe vollständig abgeschafft. Infolgedessen begann diese sogenannte Kautionslebensversicherung, welche sich im grossen und ganzen auf öffentliche Beamte beschränkte, ein kümmerliches Dasein zu fristen. Erst im Jahre 1894 fand die Veruntreuungsversicherung in selbständiger Form in Deutschland Eingang. Ihr weiterer Entwicklungsweg war aber nicht von grossem Erfolg begleitet.

II. Begriff und Wesen.

1. *Die Kreditversicherung.*

Eine genaue Definierung des Begriffes der Kreditversicherung macht erhebliche Schwierigkeiten. Dies ist nicht zuletzt auf die Bezeichnung »Kreditversicherung« selbst zurückzuführen, denn dieser Ausdruck wird in Literatur und Praxis durchaus nicht in einheitlichem Sinne gebraucht[18]. Auch das Versicherungs-Vertrags-Gesetz (VVG) gibt keinen Aufschluss und enthält nichts darüber, was es unter Kreditversicherung verstanden wissen will. Eine Legaldefinition hat der Gesetzgeber für die Kreditversicherung nicht auf-

16) Vgl. Silberschmidt H.
17) Vgl. Silberschmidt H.: S. 7.
18) Vgl. Hans Marx, in Neumanns Zeitschrift, 1928, S. 437.
Kirschbaum, in Neumanns Zeitschrift, Bd. 51, S. 197, 437.
L. Berliner, in Neumanns Zeitschrift, 1927, S. 748.
Karl Bösenecker, Berlin, in Deutsche Versicherungswirtschaft.

gestellt[19]. Es fehlt daher im Schrifttum nicht an einer Menge von Begriffsbestimmungen, denen aber mehr oder minder Unrichtiges anhaftet.

Schon der Name deutet auf die Schwierigkeit einer Begriffsbestimmung der Kreditversicherung. Der Begriff »Kredit« ist zudem sehr weit gefasst, wenn man feststellt, dass auch die Kautions- und Veruntreuungsversicherung im allgemeinen als Teilgebiet der Kreditversicherung betrachtet wird. Einmal ist der Begriff »Kredit« mehrdeutig, andererseits ist eine Definition der Versicherung heute noch nicht einheitlich festgelegt.

Eine Untersuchung über das Wesen der Versicherung ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Ebenso wie in einer Definition des Versicherungsvertrages die Auflösung des Wortes »Vertrag« entbehrlich ist, kann in einer Begriffsbestimmung der Kreditversicherung das Wort »Versicherung« als feststehender Begriff enthalten sein. Denn für den Begriff eines Versicherungsvertrages ist jedenfalls vorauszusetzen, »dass der eine Teil gegen Entgelt sich für den ungewissen Fall des Eintrittes einer für die wirtschaftlichen Verhältnisse eines anderen nachteiligen Tatsache zu einer Vermögensleistung verpflichtet«[20]. Die Ungewissheit des Zeitpunktes der Tatsache oder der Wirkung des Eintrittes eines schädigenden Ereignisses, sowie die notwendige Entgeltlichkeit des Vertrages sind jedenfalls von Rechtssprechung und Rechtslehre allgemein als typische Merkmale des Versicherungsvertrages anerkannt.

Kurz zusammenfassend lässt sich der Begriff des Versicherungsvertrages so festlegen, dass er ein entgeltlicher Vertrag ist, bei dem der eine Teil — der Versicherer — selbständig eine Gefahr trägt, und folglich den ungewissen Bedarf des andern Teiles — des Versicherten — bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder zu einem bestimmten Zeitpunkt durch eine geldliche oder geldwerte Leistung zu decken verpflichtet ist. Es liegt aber nicht im Rahmen dieser Arbeit, eine erschöpfende Begriffsbestimmung des alle Versicherungsarten umfassenden Versicherungsvertrages zu geben, sondern wir suchen den Begriff einer in sich abgeschlossenen Spezialart des Versicherungsvertrages der Kreditversicherung zu erörtern.

19) Hierüber bestehen zwei Auffassungen: Nach der einen Ansicht (Josef, Sprinz) besitzen bei der K. V. beide Parteien genügend Erfahrung und Geschäftskenntnis, um ihre Interessen selbst wahrnehmen zu können. Die Gegenmeinung (Hagen, Bd. 2, S. 331) behauptet, der Gesetzgeber hätte die Entwicklung der K. V. nicht hindern wollen, da das Institut noch nicht zur endgültigen Ausbildung gelangt sei. Man wollte diesem Versicherungszweig eine grössere Ausbaumöglichkeit verschaffen.

20) R.G. in Bd. 88, S. 32.

Es ist also zunächst die Bedeutung des Wortes »Kredit« kurz zu untersuchen[21]. »Kredit« bedeutet einen tatsächlichen Zustand, der vorerst ohne rechtliche Folgen bleibt. Es ist das Vertrauen[22] auf ein Leistenwollen oder Leistenkönnen, das man jemand entgegenbringt oder das jemand erhält. Dieser tatsächliche Zustand gewinnt aber erst im Falle seiner Verletzung juristisches Interesse.

Ferner umfasst der Begriff »Kredit« auch das auf dem eben erwähnten tatsächlichen Vertrauenszustand notwendig beruhende Kreditgeschäft. Liebig bezeichnet das Kreditgeschäft als Hingabe einer Leistung in einer Gegenwart, gegen die Zusicherung einer Gegenleistung in einer Zukunft[23]. Die Voraussetzung des Kreditgeschäftes ist auf Seiten des Kreditgebers das Vertrauen auf die Fähigkeit und den Willen des Kreditempfängers, die Gegenleistung in der Zukunft, und zwar in dem verabredeten Zeitpunkt, zu erfüllen.

Leistung und Gegenleistung fallen also beim Kreditgeschäft zeitlich auseinander[24]. Dieses zeitliche Auseinanderfallen trägt für den Kreditgeber die Gefahr in sich, dass dem Kreditnehmer seine Leistung in der Zwischenzeit unmöglich wird[25], während er seinerseits seine Leistung gültig erfüllt hat.

»Abwendung dieser Gefahr[26], dass der Kreditgeber durch Ausfall der Leistung des Kreditnehmers einen Vermögensschaden erleidet, ist Gegenstand der Kreditversicherung«[27].

---

21) Für eine ausführliche Untersuchung und Auseinandersetzung von Begriff und Wesen des Kredites. vgl. Schlesinger: Kredit und Kreditversicherung. S. 14. ff.; ferner Thöl: Handelsrecht § 295. Endemann: Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte (Z.f.H., Bd. 4, S.34 ff.).

22) Vgl. Hildebrand, Nebenius, Rau, Cohn, Wagner, im Gegensatz von Knies, der das Vertrauen als das Wesen des Kredites ablehnt, sondern nur als Vorbedingung und der Uebertragung auf den Kreditnehmer ansieht. Thöl a.a.O.: «Kredit ist das Vertrauen, dass ein Versprechen erfüllt werde».

23) Schnedelbach: Jedes Geschäft, bei dem die Erfüllung nicht sofort dem Versprechen folgt, ist Kreditgeschäft.

24) Vgl. von Liebig: S. 1, Günther: S. 5 und 67.

25) Die Unmöglichkeit der Verwirklichung der Leistung kann die verschiedensten Ursachen haben: z. B. es kann sein, dass der Schuldner nicht leisten will und sich dem rechtlichen Zwang zu entziehen weiss. Möglich ist auch, dass der Schuldner schon zur Zeit der Kreditgewährung kreditunwürdig war und der Kreditgeber sich hierüber im Irrtum befand, oder die Forderung ist infolge äusserer Ereignisse, Verschwendung, Unredlichkeiten des Schuldners, entwertet worden.

26) Nach Molt ist die Kreditgefahr keine einheitliche Gefahr, sondern die zusammenfassende Benennung für alle aus dem Kreditverhältnis entspringenden Gefahren.

27) Vgl. Massmann: S. 4.
Vgl. Molt: S. 1: Die Möglichkeit durch die Kreditgewährung in den Ver-

(Fortsetzung der Fussnote auf Seite 18)

Massmann zieht ferner die Möglichkeit in Betracht, dass eine an sich Zug um Zug zu erfüllende Gegenleistung entgegen ursprünglicher Absicht ausbleibt, nachdem die Leistung des einen Teils gültig erfolgte. Diesen Fall bezeichnet er nicht mehr als Kreditverhältnis[28]. Denn in der Regel kann der Gläubiger sämtliche Ansprüche wegen Verzugs- oder Nichterfüllung geltend machen. Obwohl eigentlich ein Kreditverhältnis nicht vorliegt, lässt er diesen Fall ebenfalls in das Gebiet der Kreditversicherung stellen, denn für den Gläubiger ist in diesem Moment die Gefahr dieselbe. Massmann will den Namen »Delcredereversicherung« dem Namen Kreditversicherung vorziehen, weil das Bestehen eines Kreditverhältnisses nicht notwendige Voraussetzung für das Delcredere sei, da letzteres nur das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit bedeute. Jedoch deckt sich die Haftung aus der Kreditversicherung nicht ganz mit der Delcrederehaftung. Denn bei der Kreditversicherung wird ausser dem Interesse des Gläubigers an der Einbringlichkeit seiner Forderung auch das subjektive Interesse des Schuldners an der Erhaltung seines Kredites geschützt.

In der Rechtslehre hat sich ganz allgemein eine Definition durchgesetzt, die die Kreditversicherung als eine »Versicherung des Versicherten gegen Vermögensverluste, die er infolge der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erleidet«, bezeichnet[29]. Massmann nennt diese Begriffsbestimmung als zu eng, da sie den Fall ausschliesst, in dem die Versicherung vom Schuldner genommen wird. Des weiteren werden durch sie nur der Hauptfall, und nicht alle andern Möglichkeiten einer Kreditversicherung erfasst. Jäger bezeichnet als Zahlungsunfähigkeit »das auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Geldverbindlichkeiten im wesentlichen noch zu berichtigen«. Die Fälle, in welchen der Schuldner noch zahlungsfähig, jedoch zahlungsunwillig

---

kehr einzutreten, eröffnet dem Kapitalbesitzer reichere Gewinnaussichten, als sie durch blossen Güterumsatz sich je erzielen lassen. Gleichzeitig aber entsteht für ihn die Gefahr, dass sein Anspruch auf die zukünftige Gegenleistung an der tatsächlichen Unmöglichkeit, diese einzutreiben scheitert, dass er somit seine Leistung umsonst gemacht hat und dadurch Schaden erleidet. Die Gefahr ist der Gegenstand der Kreditversicherung.

28) Vgl. Massmann: S. 4.

29) Schnedelbach: Kreditversicherung bedeutet nicht die Versicherung des persönlichen Kredites als eines Ausdruckes der finanziellen Wertschätzung im rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern vielmehr ganz allgemein Sicherung vermögensrechtlicher Ansprüche, deren Realisation jederzeit durch unabänderliche Ereignisse — wenigstens vom Standpunkt des Gläubigers aus — gefährdet ist.

ist, und eine Rechtsverfolgung gegen ihn deshalb aussichtslos erscheint, weil er z. B. flüchtig oder unbekannten Aufenthaltes ist, fallen ebenso in das Gebiet der Kreditversicherung. Der in Rede stehende Versicherungszweig umfasst auch den Fall, in welchem der Schuldner an sich zahlungsfähig und zahlungswillig ist, aber die Erfüllung seiner Verpflichtungen z. B. durch ein staatliches Moratorium ausgeschlossen ist.

Deshalb muss die Begriffsbestimmung erweitert werden. Massmann hat recht, wenn er sagt: »Gegenstand der Kreditversicherung ist nicht Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern der durch den Ausfall einer Forderung entstehende Vermögensverlust«. Der Ausfall kann sich auf einen Teil, wie auf die ganze Leistung beziehen. Dass die Forderung auf eine Geldleistung gerichtet sein muss, ist nicht erforderlich. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners deutet dem Begriffe nach auf eine Geldverbindlichkeit. Eines der typischsten Kreditgeschäfte ist aber die Darlehensgewährung von vertretbaren Sachen. In der Regel wird die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Grund sein, der die Nichtbewirkung der Rückleistung verschuldet. Dadurch wird aber die primäre Sachleistungspflicht des Schuldners nicht geändert. Auch diesen Fall eines Warendarlehens lässt Massmann unter den Gegenstand der Kreditversicherung fallen. Aber nicht alle Fälle, in welchen irgendeine Forderung nicht befriedigt wird, gelten schlechthin als Gegenstand einer Kreditversicherung, sondern wesentlich ist ein *Kredit- oder kreditähnliches Verhältnis*[30].

Da ein Vermögensschaden Voraussetzung für den Versicherungsfall ist, muss die Leistung des Gläubigers ganz oder teilweise erfüllt sein. Solange der Gläubiger ein Leistungsverweigerungsrecht hat, ist ein unmittelbarer Vermögensschaden nicht entstanden. Wenn sich daraus ein Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner auf entgangenen Gewinn entwickelt, so wird er nicht durch die Versicherung gedeckt; denn die Kreditversicherung stellt keine Garantie für den rechtlichen Bestand einer Forderung dar, sondern umgekehrt ist eine rechtlich gültige Forderung die notwendige Voraussetzung und weiterhin die Tatsache, dass bei Ausfall dieser rechtsgültigen Forderung der »Versicherungsfall« eintritt. Hat jedoch der Versicherer auch den Ersatz des Vermögensschadens zu leisten, der dem Versicherungsnehmer dadurch entsteht, dass ein von ihm abgeschlossenes Geschäft, z. B. von Anfang an nichtig ist oder später angefochten wird, dann liegt eine Kreditversicherung im üblichen Sinne nicht mehr vor.

30) Vgl. Massmann: S. 6.

Es ist bereits oben auf die Möglichkeit hingewiesen worden, dass die Kreditversicherung sowohl vom Gläubiger, der sein Guthaben versichert, als auch vom Schuldner, der seine Verpflichtungen versichert, genommen werden kann.

Massmann definiert aus diesen Erwägungen den Begriff der Kreditversicherung folgendermassen[31]:

1. Die vom Gläubiger genommene Kreditversicherung ist eine Sicherung gegen Vermögensschaden, den er dadurch erleidet, dass die Ausgleichsleistung seines Schuldners ganz oder teilweise uneinbringlich wird: die Sicherung wird in der Form Versicherung bewirkt.
2. Kreditversicherung seitens des Schuldners ist eine Versicherung gegen Vermögensschaden, hergerufen durch den Ausfall eines Kreditbedarfs oder durch Entstehung einer Verbindlichkeit infolge Kreditierung, bei dessen Eintritt der Versicherer zu einer Sicherheitsleistung bis zu einem festgesetzten Höchstbetrag verpflichtet ist.

Ebenso führt Schlesinger[32] eine Zweiteilung der Kreditversicherung an. Er unterscheidet für die Kreditversicherung im weiteren Sinne zwei Grundformen, deren eine die Kreditversicherung im engeren Sinne, deren andere die Kautions- oder Garantieversicherung ist. Bei der ersten Form, die er als Delcredereversicherung bezeichnet, ist der Gläubiger der Versicherungsnehmer, bei der zweiten der Schuldner. Eine Verschiedenheit der beiden Formen kann sich nach ihm auch in der Person des sogenannten Versicherten ergeben, nämlich der Person, die aus dem Vertrage begünstigt wird. Im Regelfall wird bei der Delcredereversicherung der Versicherungsnehmer zugleich der Versicherte sein, wenngleich auch er die Versicherung zum Schutze seiner Gläubiger eingehen kann. die in diesem Fall die Versicherten wären.

Bei der Kautionsversicherung, bei welcher der Schuldner der Versicherungsnehmer ist, wird der Versicherte regelmässig sein Gläubiger sein, eventuell auch die Gläubiger seiner Gläubiger. Schlesinger sieht den Zweck in allen Fällen der Kreditversicherung im Ersatz des Ausfalles, den der Versicherte durch die Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners erleidet.

Wolf bezeichnet die Teilung dieser Definitionen, da es sich ja nicht um zwei verschiedene Versicherungszweige oder Unterarten

31) Vgl. Massmann: S. 6.
32) Schlesinger: Kredit- und Kreditversicherung, S. 85.

der Kreditversicherung handelt, für unrichtig und schlägt daher folgende Definition vor[33]:

> »Unter Kreditversicherung versteht man einen Versicherungsvertrag, durch den sich der Versicherer ohne Rücksicht darauf, ob ein Schuldner oder ein Gläubiger ihm als Versicherungsnehmer gegenübersteht, zum Ersatz von Vermögensschäden verpflichtet, die aus einer dem Kreditverkehr eigentümlichen Gefahrslage entspringen und vertraglich festgelegten Beschränkungen unterliegen.«

2. *Die Veruntreuungsversicherung.*

Eine feste Terminologie dieses Versicherungszweiges steht in Wissenschaft und Praxis nicht fest. Die Hauptursache ist wohl darin zu suchen, dass die Veruntreuungsversicherung vielfach mit der Kreditversicherung zusammen betrieben wird und auch begrifflich die Grenzen beider Versicherungsarten ineinander fliessen. Bald werden alle Arten von Veruntreuungsversicherungen und Kreditversicherungen unter dem Namen »Garantieversicherung«[34] oder auch »Kautionsversicherung«[35] zusammengefasst. Bald wird unter »Garantieversicherung« eine Versicherungsart verstanden, wobei der Versicherer nicht nur für die Pflichtwidrigkeiten des Angestellten oder für unterlassene Begleichung der versicherten Forderung, sondern auch für Mängel im Vertragsschlusse selbst, wie Unmündigkeit, Unzurechnungsfähigkeit des Vertragsgegners einzustehen hat[36].

Anderseits wird der Versicherungszweig »Veruntreuungsversicherung«, ohne Rücksicht auf die Kreditversicherung für sich allein betrachtet, mit den Ausdrücken »Unterschlagungsversicherung«, »Garantieversicherung« oder »Kautionsversicherung«, bezeichnet. Oder bald gebraucht man die Ausdrücke »Veruntreuungsversicherung«, »Garantieversicherung« für diejenige Abart der Angestellten-Veruntreuungsversicherung, bei welcher der Arbeitgeber zugleich Versicherungsnehmer und Versicherter ist, während

33) Schlesinger definiert die Kreditversicherung, mehr vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, wie folgt: »Kreditversicherung im eigentlichen Sinne sind wirtschaftliche Veranstaltungen zwecks Deckung des aus dem Risiko der Kreditgewährung sich ergebenden zufälligen schätzbaren Vermögensbedarfes«.

34) Vgl. Hans Marx: Bd. 51, S. 437.

35) Vgl. Kirschbaum

36) Vgl. Manes: Versicherungslexikon

man die andere Abart der Angestellten-Veruntreuungsversicherung, bei welcher der Angestellte die Versicherung zugunsten seines Arbeitgebers nimmt, Kautionsversicherung nennt[37].

Trotz der bunten Manigfaltigkeit dieser verschiedenen Bezeichnungen wird unter Veruntreuungsversicherung[38] eine Versicherungsart verstanden, bei welcher der Versicherer für einen Vermögensschaden einzustehen hat, der verursacht ist durch ein gegen den Versicherten gerichtetes schuldhaftes, pflichtwidriges, in der Regel strafbares Verhalten einer von dem Versicherten verschiedenen Person. Diese muss durch Begehung jener Handlung oder Unterlassung ein zwischen ihr und dem Versicherten bestehendes Vertrauensverhältnis verletzen[39].

Die Veruntreuungsversicherung[40] (früher Personalgarantieversicherung oder Personalkautionsversicherung genannt) bezweckt den Dienstgeber gegen jene Schäden zu versichern, die er durch Entwendung oder Unterschlagung seitens seiner Angestellten erleiden kann, soweit solche Entwendungen von den Angestellten in Ausübung ihrer Dienste oder Geschäfte begangen werden[41]. Der Arbeitgeber nimmt Versicherung gegen Veruntreuungen seiner Angestellten, weil er von diesen eine Kaution nicht fordern kann oder will[42]. Es liegt hier eine Versicherung für eigene Rechnung vor. Versicherungsnehmer und Versicherter sind ein und dieselbe Per-

---

37) Vgl. Silberschmidt

38) Diese Begriffsbestimmung darf als erheblich umfassender als die Bedeutung der Worte «Versicherung gegen Veruntreuungen, Versicherungen gegen Pflichtwidrigkeiten», gegen Unehrlichkeit, als die Ausdrücke «Ehrlichkeitsverletzung», die vor allem in Oesterreich nicht unbekannt waren, bezeichnet werden.

39) Vgl. Silberschmidt: S. 2.

40) Ueber die Unterarten der Veruntreuungsversicherung:
1. Einzel-Veruntreuungsversicherung
2. Kollektiv-Veruntreuungsversicherung
   a) Benannte Kollektiv-Veruntreuungsversicherung
   b) Unbenannte Kollektiv-Veruntreuungsversicherung
Vgl. Wipf: S. 66.

41) Schnedelbach: Die Gefahr besteht nicht darin, dass ein Arbeitnehmer eine Veruntreuung begeht, sondern darin, dass das veruntreute Gut nicht wiedererlangt wird.

42) Das Risiko für den Geschäftsbetrieb jedes Unternehmens, welche gezwungenermassen zur Durchführung verschiedener Aufgaben anderen Personen Vertrauen erweisen muss, ist darin zu sehen, dass diese Personen, die in einem gewissen Abhängigkeits- bzw. Angestelltenverhältnis stehen, ihn durch untreue Handlung, Betrug oder Diebstahl an seinem Vermögen schädigen können. Dieser Gefahr, der für den Fortbestand des Unternehmens unter Umständen grosse Bedeutung zukommen kann, suchte man dadurch zu begegnen, dass man zum Schutze des Unternehmers von An-

son. Der Versicherungsvertrag kann sich auf den einzelnen Angestellten erstrecken oder auch alle Angestellten umfassen, ohne dass die Namen der einzelnen Dienstverpflichteten speziell genannt werden. Ebenso unwichtig ist es, ob die Angestellten etwas von der Versicherung wissen oder nicht. Unter Umständen kann die Versicherung dahin ergänzt werden, »dass sie bei Festsetzung höherer Prämien den Geschäftsherrn nicht nur gegen Veruntreuung, sondern auch gegen anderweitige Schädigungen, sei es durch grobe Fahrlässigkeit oder ähnliche Dienstpflichtverletzungen schützt«.[43] Man wird aber im allgemeinen nur dann von einer Veruntreuungsversicherung sprechen, wenn nur Veruntreuungen gedeckt werden. Werden dagegen auch andere Schäden gedeckt, so darf eine Veruntreuungsversicherung, ihrer eigentlichen Bedeutung entsprechend wohl nicht angenommen werden. Anderseits darf die Bezeichnung Veruntreuungsversicherung bestehen bleiben, »wenn die Veruntreuungsgefahr das Hauptrisiko der Versicherung darstellt, und die übrigen Risiken nur als Nebenrisiken erscheinen«.[44]

Die Prämie, die mit dem Versicherungsnehmer auf Grund des von ihm gestellten Antrages, vereinbart wird, richtet sich nach den besonderen Verhältnissen. Für die Prämienzahlung haftet der Geschäftsherr allein der Gesellschaft.[45]

Bei einem Versicherungsvertrag, der sich auf sämtliche Angestellte des Versicherungsnehmers erstreckt, wird von vornherein die Unbescholtenheit der versicherten Angestellten vorausgesetzt, d. h. die Haftung für nicht vertrauenswürdige Personen ausgeschlossen.

gestellten, denen eine Vertrauensstellung gegeben wurde, die Hinterlegung einer Kaution (eines entsprechenden Betrages) verlangte. Doch dieser Zustand war nicht gerade ein idealer, denn einerseits fehlten oft jungen strebsamen Menschen die entsprechenden Mittel um die Vertrauensstellung unter solchen Bedingungen anzutreten, anderseits wurde von Unternehmern mit den ihnen anvertrauten Kautionsgeldern Missbrauch getrieben, so dass der Kautionsgeber dadurch oft vollständig verarmte. Man hat das Problem auf viele Arten zu lösen versucht, ohne eine zufriedenstellende Lösung zu finden. Schlussendlich griff man auf die Institution der Kautionsversicherung. Weil man immer mehr erkannte, dass fraudulose Handlungen ebenso versicherungstechnisch abmessbar sind, wie das Eintreten eines Brandes oder Unfalles, wandte sich die Versicherungsgesellschaft im besonderen diesem Geschäftszweig zu, um es auf eine grössere Basis zu bringen.

43) Vgl. Wipf: S. 65.

44) Vgl. Wipf: S. 65.

45) Nach englischem System tritt auch der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer auf. Die Pflicht zur Prämienzahlung obliegt dagegen meistens den Angestellten, obwohl sie weder Versicherte noch Versicherungsnehmer sind.

Zum Charakter des Versicherungsvertrages gehört die Gewährleistung einer Entschädigung für den Fall des Eintrittes von bestimmt umschriebenen, ungewissen, vom Willen des Versicherungsnehmers unabhängigen Ereignissen, die einen Nachteil oder Bedarf herbeiführen. Diese Ereignisse stellen eine Versicherungsgefahr dar. Der Versicherungsfall liegt, wie Wipf sich ausdrückt, in der Konkretisierung oder Realisierung der vom Versicherer übernommenen Versicherungsgefahr, d. h. der Versicherer haftet, sofern nicht einzelne Fälle durch Vertragsabrede von der Versicheung ausgeschlossen sind, für alles was unter den allgemeinen Begriff der Veruntreuung[46] subsumiert werden kann, wobei für den Begriff der Veruntreuung nicht die strafrechtlichen Gesichtspunkte[47] massgebend sind. Denn die Normen des Strafrechtes und die Abmachungen der Parteien im Rechtsgeschäft verfolgen nicht denselben Zweck. Das Strafrecht hat vorzugsweise »die Wahrung des öffentlichen Interesses zum Zwecke, die Veruntreuungsversicherung dagegen soll den Versicherten vor den oekonomischen Folgen untreuer Handlungen, die sich auf einen bestimmten Täterkreis beschränken, schützen«.[48] Für die Veruntreuungsversicherung bestimmt sich also der Begriff »Veruntreuung« nicht nach den strafrechtlichen Kriterien,[49] sondern nach dem Vertragsinhalt, der zivilrechtlich feststellt, gegen welche Ereignisse die Versicherung Schutz gewährt.

46) Vgl. Wipf: § 22: Ueber den Begriff der Veruntreuungsversicherung.

47) Nach Silberschmidt: bedarf es zum Vorliegen des Versicherungsfalles also der «Veruntreuung» keiner strafbaren Handlung, es brauche bloss «eine nach allgemeinem Sprachgebrauch strafwürdige, einen groben Bruch des Vertrauensverhältnisses darstellende Zuneigung» vorzuliegen, um die Entschädigungspflicht des Versicherers nach sich zu ziehen. Ferner will er Veruntreuungsschäden auch dann als Versicherungsfall gelten lassen, wenn bloss nach dem Sprach- oder Handelsgebrauch eine Veruntreuung vorliegt.

48) Vgl. Wipf: S. 78.

49) Diese Meinung wird vertreten von: Schlesinger Georg: Einbruch-, Veruntreuungs-, Kautions-, Manko-, Toutrisque-Versicherung, Oesterr. Z. f. öffentl. u. private Versicherung, Wien 1918; Ehrenzweig Albert: Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, Wien 1929; Mac Millan: Fidelity Guarantee, Stone u. Cox, S. 3, London 1936. Er betont, dass es zum Vorliegen des Versicherungsfalles jedenfalls eines «criminal offence» bedarf, d. h. eines Vergehens gegen die bezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzes.

3. *Die Kautionsversicherung.*

Die Kautionsversicherung[50] bildet das Gegenstück zur eben besprochenen Veruntreuungsversicherung. Der Arbeitnehmer kann seinen Arbeitgeber gegen Veruntreuungen versichern. Es liegt hier also ein Fall von Versicherung für fremde Rechnung vor, im Gegensatz zur Veruntreuungsversicherung, die als eine Versicherung für eigene Rechnung zu bezeichnen ist. Die Kautionsversicherung bildet Ersatz für eine vom Versicherungsnehmer in bar, in Wertpapieren usw. einer anderen Person zu stellende Kaution.[51] »Der Versicherer leistet für den Kautionspflichtigen (Versicherungsnehmer) gegenüber dem Kautionsempfänger Sicherheit, und zwar bei der Zoll-Fracht-Garantieversicherung für vom Bunde gestundete Zölle und Frachten; bei Baulieferungs- und Leistungskautionen für ordnungsmässige Erfüllung einer Lieferung oder Leistung, welche der Kautionssteller z. B. durch einen im Betrieb seines Gewerbes abgeschlossenen Lieferungsvertrag übernommen hat«.[52] Der Versicherungsnehmer, dem eine Stundung nur gegen Sicherheitsleistung gewährt wird, findet gegen die Nachteile, die eine Sicherheitsleistung für ihn mit sich bringt, in der Weise Schutz, dass die Verpflichtung gegenüber der »Staatskasse« von der Versicherungsgesellschaft in einem Versicherungsvertrag übernommen wird.[53] Neben dem Versicherungsschein wird auch ein Bürgschaftsschein ausgestellt, worin der Versicherer sich verpflichtet »bis zu einem bestimmten Termin zugunsten des Versicherungsnehmers eine gewisse Höchstsumme an die »Staatskasse« nach Aufforderung zu zahlen«.[54] Die Versicherungsgesellschaft andererseits verpflichtet sich dem Versicherungsnehmer gegenüber, für rechtzeitige und vorgeschriebene Entrichtung der gestundeten Abgaben zu haften. Diesen behördlichen Stundungen entsprechend kann auch eine Versicherung durch Stellung von Lieferungs- und Leistungs-Kautionen gegenüber Privatunternehmen genommen werden, wobei der Versicherer für die vertraglich übernommene Lieferung oder Leistung Bürgschaft leistet für ordnungsmässige Erfüllung.

50) Die Kautionsversicherung umfasste ursprünglich nur die Versicherung gegen Untreue, entweder in der Form, dass derjenige, der eine Kaution zu stellen hat, Versicherungsnehmer ist, oder in der Form, dass das Unternehmen oder die Behörde für einzelne oder sämtliche Angestellte oder Beamte Versicherung nimmt.
51) Vgl. Wipf: S. 10.
52) Vgl. Wipf: S. 10.
53) Vgl. Massmann: S. 39.
54) Vgl. Manes: Bd. II, S. 289.

Inbezug auf die Haftungsübernahme für die Kautionsverpflichtung liegt zunächst ein Vertrag zwischen Versicherungsgesellschaft und Kautionssteller (Versicherungsnehmer) vor. Die Sicherung, welche in Ausführung dieses Vertrages der Versicherungsgesellschaft obliegt, erfolgt in einer weiteren Vereinbarung. Sie stellt sich meist als Bürgschaft, teilweise auch als Schuldversprechen dar. Bei dieser Sicherheitsleistung können wir nach Wipf[55] zwei Gruppen unterscheiden:

1. Ueberahme der Haftung nur für den Ausfall, ähnlich wie bei der einfachen Bürgschaft, wo zuerst der Hautpschuldner und andere bestehende Sicherheiten liquidiert werden;
2. oder so, dass der Versicherer die Solidarhaft mit dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Kautionsempfänger mitübernimmt, und dieser ohne Vorausklage und Vorliquidierung anderer Sicherheiten unmittelbar in Anspruch genommen werden kann.

Um die Hauptmerkmale eines Versicherungsverhältnisses bei der Kautionsversicherung einer näheren Prüfung zu unterstellen, ist es notwendig, vom Begriff des Versicherungsvertrages allgemein auszugehen. Man pflegt den Versicherungsvertrag gewöhnlich als einen selbständigen, entgeltlichen Vertrag zu betrachten, kraft dessen einem Teil (Versicherungsnehmer) gegenüber dem andern Teil (Versicherer) ein Rechtsanspruch auf eine Vermögensleistung (Versicherungssumme) für den Fall zusteht, dass eine ungewisse, wirtschaftlich nachteilige Tatsache (Versicherungsfall) eintritt.

Die Selbständigkeit des Vertrages bei der Kautionsversicherung ist ohne weiteres anzuerkennen, ebenso der entgeltliche Vertrag, da als Gegenleistung für die vom Versicherer übernommene Sicherung der Kautionspflichtige (Versicherungsnehmer) ein Entgelt in Form der Prämie zu zahlen hat. Im weiteren besteht ein Rechtsanspruch auf eine Vermögensleistung (Entschädigung) des Versicherers, bei Eintritt des im Vertrage vorgesehenen Ereignisses. Der näheren Untersuchung bedarf die Frage, ob von einem Versicherungsfall, also vom Eintritt einer ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Tatsache die Rede sein kann. Dies ist ebenfalls zu bejahen, denn wenn eine Person zahlungsunfähig wird, dann bedeutet dies zweifellos eine wirtschaftlich nachteilige Tatsache, und zwar sowohl für den Kautionsempfänger wie auch für den Kautionsnehmer. Auch das Erfordernis der Ungewissheit ist gegeben, und zwar vor allem beim

55) Vgl. Wipf: S. 10.

Versicherer und auch beim Kautionsempfänger. »Denn gerade die Ungewissheit, ob durch den Kautionspflichtigen eine untreue Handlung begangen wird oder nicht, veranlasst den Kautionsempfänger, eine Sicherstellung zu verlangen.[56] Mit Rücksicht auf diese Umstände sieht sich der Versicherer oft verpflichtet, dem Kautionsempfänger besondere Kontrollpflichten aufzuerlegen. Das Vorhandensein der Ungewissheit auf seiten des Versicherers, der beim Versicherungsabschluss nicht weiss, ob diese Ungewissheit eintritt oder nicht, und auf seiten des Kautionsempfängers, der sich gegen solche ungewisse Ereignisse schützen will, genügt, das Ereignis als ungewiss zu betrachten. Dies tritt noch deutlicher bei der Personalkautionsversicherung zutage, bei der es nur auf den Zustand der Ungewissheit auf seiten des Kautionsempfängers ankommt. In Fällen dieser Art liegt eben die für den Kautionsempfänger (z. B. die Steuerbehörde) ungewisse, wirtschaftlich nachteilige Tatsache nicht erst in der nachgewiesenen Zahlungsunfähigkeit, sondern bereits in dem Umstande, dass der Kautionssteller nicht pünktlich seiner Zahlungspflicht nachkommt.

Die Untersuchung anhand der soeben angeführten Beschreibung des Versicherungsvertrages zeigt also, dass bei der Kautionsversicherung alle Begriffsmerkmale des Versicherungsvertrages vorliegen. Es handelt sich somit um ein Versicherungsverhältnis, und zwar in erster Linie zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer. Der Versicherer gewährleistet dem Kautionsempfänger nicht bloss Ersatz für den ihm durch Veruntreuung erwachsenden Schaden, sondern er verpflichtet sich als Bürge solidarisch oder subsidiär, die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung zu erfüllen. »Der Versicherer stellt in Ausführung seines Vertrages mit dem Kautionspflichtigen, zur Bekräftigung und als Beweis seiner Verpflichtung, dem Kautionsempfänger gegenüber einen Bürgschein aus, in dem nicht Schadenersatz, sondern Leistung an Stelle des Hauptschuldners (also Erfüllung oder Ergänzung der mangelhaften Erfüllung) versprochen wird.«[57]

56) Vgl. Wipf: Die rechtliche Natur der Personalkautionsversicherung, S. 11 ff.
57) Vgl. Wipf: S. 51.

III. Das Verhältnis zwischen der Kreditversicherung und der Kautions- und Veruntreuungsversicherung.

Bei der Behandlung von Begriff und Wesen der Kautions- und Veruntreuungsversicherung haben wir festgestellt, dass die beiden Versicherungsarten zunächst des Vorliegens eines Vertrauensverhältnisses bedürfen. Nun ist aber, im Grunde genommen, Vertrauen in die Qualitäten einer andern Person nichts anderes als die anerkannte Kreditwürdigkeit dieser Person[58]. Der Unternehmer vertraut bei Lieferung von Gütern und der später zu erfolgenden Bezahlung auf die finanziellen und moralischen Qualitäten des Schuldners, er vertraut auf seinen Kassier oder Kommissionär bei Erfüllung der ihnen aus dem Vertrage zufallenden Obliegenheiten.

Läge auf Seiten des Unternehmers kein Vertrauen vor, so würde einmal die Warenlieferung, im andern Fall die Anstellung oder der Kommissionsvertrag nicht zustande kommen. Somit dürfen wir in beiden Fällen eine Kreditgewährung erblicken, und zwar entweder in der Hingabe von Sachgütern, deren spätere Bezahlung erhofft wird, oder der Hingabe von Gehalt oder Provision, gegen deren Ausrichtung der Unternehmer ordnungsgemässige Erfüllung von Obliegenheiten erwartet.

Findet in dem einen Fall die Bezahlung nicht statt und werden im andern Falle die Obliegenheiten nicht ordnungsgemäss erfüllt (also Veruntreuungen begangen), so tritt auf beiden Seiten ein wirtschaftlicher Schaden ein. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, dürfen wir die Kautions- und Veruntreuungsversicherung als eine Form der Kreditversicherung bezeichnen, wobei natürlich nicht der Kredit an sich, sondern die eingetretenen Verluste infolge schädlichen Kreditgebens gedeckt werden[59]. Auf Grund dieser Feststellung dürfen wir die Kautions- und Veruntreuungsversicherung unter den Oberbegriff der Kreditversicherung[60] stellen und die Kautions- und

58) Diese Meinung wird auch vertreten von Schlesinger: Zur Frage des Kredites und der Kreditversicherung, S. 20, 21, Wien 1929; ebenso Hildebrand, Nebenius, Rau, Wagner.

59) Vgl. Cuntz Paul: Grundlagen und Bedeutung der Veruntreuungsversicherung, in Neumanns Zeitschrift f. Privatversicherung, 59. Jahrgang, Nr. 2.

60) Im «Handbuch der Versicherung» figuriert die Kautionsversicherung und Veruntreuungsversicherung unter der Obergruppe Kreditversicherung. In den Berichten des eidg. Aufsichtsamtes werden die Ziffern für die

(Fortsetzung der Fussnote auf Seite 29)

Veruntreuungsversicherung als Unterart[61] der Kreditversicherung betrachten[62].

Eine klare und sehr verständliche Einteilung der Kreditversicherung gibt uns Paul Cuntz[63], der den Oberbegriff der Kreditversicherung in zwei Gruppen einteilt:

1. Kreditversicherung, bei welcher der Gläubiger Versicherungsnehmer ist. Hierher gehören:
   a) Delcredere-, Pauschalwarendelcredere-, Exportdelcredere-Versicherungen;
   b) Personalgarantie-Versicherungen;
2. Kreditversicherung, bei welcher der Schuldner Versicherungsnehmer ist. Hierher gehören:
   a) Kautionsversicherungen mit ihren Unterformen (Zoll-, Steuer-, Fracht-, Lieferungs- und Leistungskautionen);
   b) Personalkautionsversicherung.

Aus dieser Systematik ergibt sich, dass unter der Bezeichnung Veruntreuungsversicherung zwei verschiedene Arten der Kreditversicherung fallen, nämlich die Personalgarantie und die Personalkautionsversicherung. Damit steht fest, dass es sich hinsichtlich der Arten der Veruntreuungsversicherung um Unterarten der Kreditversicherung handelt.

Kreditversicherung und Kautions- und Veruntreuungsversicherung zusammengezogen.
In den Geschäftsberichten der meisten Gesellschaften, welche die Kautions- und Veruntreuungsversicherung betreiben, wird davon stets im Zusammenhang mit der Kreditversicherung gesprochen.

61) Auch Schlesinger bezeichnet die Kautions- und Veruntreuungsversicherung als die Unterart der Kreditversicherung.

62) Diese Art der Zusammengehörigkeit von Kreditversicherung und Kautions- und Veruntreuungsversicherung wird von Silberschmidt (siehe der Versicherungsfall in der Veruntreuungsversicherung, S. 343), der die Kautions- und Veruntreuungsversicherung als reine Sachversicherung, ähnlich der Einbruchdiebstahlversicherung bezeichnen will, abgelehnt. Er stellt sie als Bindeglied zwischen Einbruchdiebstahl- und Kreditversicherung dar. Die Voraussetzungen dürfen aber der Einbruchdiebstahlversicherung nicht gleichgesetzt werden, wenn man bedenkt, dass für die Kautions- und Veruntreuungsversicherung ausschliesslich nur betriebsangehörige Personen als Täter in Frage kommen, und dass ein ganz bestimmter Personenkreis in die Versicherung als mögliche Schadenursachen einbezogen werden.

63) Vgl. Cuntz Paul: Grundlagen und Bedeutung der Veruntreuungsversicherung, in Neumanns Zeitschrift der Privatversicherung, 59. Jahrgang Nr. 2, 1936.

B. Die Bürgschaft.

1. *Begriff und Wesen.*

Mit dieser Abhandlung soll nicht die Ueberfülle von Einzelliteratur, die sich bereits mit der Bürgschaft, ihren Typen und ihrer rechtlichen Ausgestaltung beschäftigt hat, noch vermehrt werden. Es ist im folgenden nur soweit vom Begriff und Wesen der Bürgschaft die Rede, als es im Rahmen der vorliegenden Arbeit von Interesse sowie für die spätere Gegenüberstellung und Abgrenzung von den bürgschaftsähnlichen Versicherungen notwendig ist.

Die Begriffsbestimmung der Bürgschaft ergibt sich aus Art. 492 OR: Durch den Bürgschaftsvertrag[64] verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld des letzteren einzustehen. Es sind also drei Merkmale für die Bürgschaft wesentlich:

a) Durch die Bürgschaft wird der Bürge zu einer fremden Schuld, der Hauptschuld, in Beziehung gesetzt, also zu einem fremden Schuldverhältnis, aus dem ein Dritter dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist.

b) Der Bürge verpflichtet sich allein dem Gläubiger der Hauptschuld gegenüber.
Der Bürgschaftsvertrag bringt dem Gläubiger Sicherheit dadurch, dass er zum Schutz vor Zahlungsunfähigkeit und Unwilligkeit des Hauptschuldners einen weiteren Schuldner erhält, der mit seinem ganzen Vermögen (neben dem Hauptschuldner) haftet.

c) Schliesslich übernimmt der Bürge die Verpflichtung zum Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld.

Der Bürge übernimmt zwar eine eigene Verpflichtung, die aber ganz besonderer Art ist, nämlich darin besteht, für die ungewisse Erfüllung der Schuld eines anderen einzustehen[65]. Der Bürge ist zwar Schuldner, aber Schuldner einer eigenen, nämlich seiner Bür-

64) Vgl. über die Bürgschaft: Guhl, Beck, Z. Sch. R. N. F. 54, 4a ff, Kiefer, Priester, Thalmann, Tobler, usw.

65) Vgl. Becker: Art. 490 OR, N. 21, Kommentar; Tobler, S. 30. Lardelli in S. J. Z. 26, 94, 95.

genverbindlichkeit, mithin nicht Gesamtschuldner. Man kann ihn Nebenschuldner, oder besser Fremdschuldner nennen[66]. Neben dem alten Schuldner tritt ein neuer, der sich verpflichtet für die Forderung einzustehen, ohne aber die fremde Schuld als eigene zu übernehmen[67]. Die schuldrechtliche Verpflichtung des alten, des Hauptschuldners, wird durch den Bürgschaftsvertrag in keiner Weise berührt; der Gläubiger erhält durch die Stellung des Bürgen eine erhöhte Sicherheit für seine Forderung.

Die Schuld des Bürgen[68] ist inhaltlich verschieden von der Schuld des Hauptschuldners, denn der letztere schuldet ein Leisten, der erstere ein Einstehen dafür, dass der andere leistet. Der Bürge verpflichtet sich nicht zur Erfüllung der Hauptschuld[69], denn Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld durch den Schuldner bedeutet nicht Einstehen für die Hauptschuld selbst. Seine Verpflichtung unterscheidet sich von der des Hauptschuldners nicht nur durch ihren selbständigen Entstehungsgrund, sondern gerade auch durch ihren selbständigen rechtlichen Inhalt.

Der Hauptschuldner schuldet aus einem jeweils verschiedenen Schuldgrund eine Leistung, ein Tun oder Unterlassen, der Bürge dagegen hat aus der Bürgschaft stets nur dafür aufzukommen, dass der Hauptschuldner pflichtmässig leistet. Somit liegt also der Inhalt der Bürgenverpflichtung in der Haftung für das pflichtgemässe Verhalten des Hauptschuldners und damit in der Haftung für die Person des Hauptschuldners, für die dem Gläubiger aus den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners erwachsende Gefahr, nicht befriedigt zu werden. Ein solch eigener Schuldinhalt der Bürgenschuld, der in dem Einstehen für die Hauptschuld besteht, ergibt sich aus der Sicherungstendenez der Bürgschaft, und zwar aus der persönlichen Richtung desselben, der Haftung für den Schuldner.

Eine solche Haftung ist aber nur dann denkbar, wenn den Hauptschuldner eine Leistungspflicht trifft. Jede Bürgschaft setzt deshalb notwendigerweise eine Hauptschuld voraus (OR 494 Abs. 1), die als Grundlage der Bürgschaftsverpflichtung für den Bestand und Umfang der Haftung des Bürgen massgebend und von der sie hinsichtlich ihrer Entstehung und ihrer Fortdauer abhängig ist.

---

66) Gleicher Meinung sind: G. Gut: Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen (Diss. jur.) S. 1; Reichel, Raaflaub A.: Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr (Diss. jur.) S. 25; Oser zu Art. 492 OR, N. 6, 18; Kommentar; Schulthess S. 77.

67) Vgl. Reichel: Der Bürge tritt *für* die Hauptschuld und nicht *in* die Hauptschuld ein.

68) Vgl. Schulthess: Z. Sch. R. N. F. 44.

69) Vgl. Oser: zu Art. 492 OR, Kommentar, N. 6; Schulthess: Z. Sch. R. N. F. 44.

Der Bürgschaft wesentlichstes Merkmal ist also die *Akzessorietät*[70]. Auf diesem fundamentalen Satz baut sich das ganze Institut der Bürgschaft auf. Ganz allgemein wird unter Akzessorietät die Abhängigkeit einer Schuld von einer andern, in unserm Falle von Bürgschaft und Hauptschuld, verstanden. Westerkamp[71] gibt ihrem Wesen eine ausdrückliche Darstellung: «Die Bürgenhaftung ist Haftung nur nach Massgabe des jeweiligen Bestandes und Umfanges der Hauptverbindlichkeit, nur eine Sicherheit gewährende Haftung für das, worauf ein anderer haftet, nie für mehr oder etwas anderes als dieser andere schuldet, immer nur Sicherheit für das Leistenkönnen und Leistenwollen des andern, nie für sein Leistenmüssen .... usw.».

Kiefer[72] bezeichnet die Akzessorietät als eine besonders stark ausgeprägte Abhängigkeit einer Forderung von einer andern: «Sie ist der Grenzfall, der Höchstfall der Abhängigkeit«.

Im Sinn und Zweck der Bürgschaft liegt die Sicherung einer bestimmten oder mindest bestimmbaren Schuld eines andern. Auch hier setzt notwendigerweise der Sicherungsgedanke den Bestand einer Hauptschuld voraus[73]. Der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, dafür einzustehen, dass dieser, der Hauptschuldner, seine Schuld erfüllt, d. h. der Bürge will gutstehen dafür, dass der Hauptschuldner leistet. Es liegt aber nicht in seiner Absicht, eine selbständige Verpflichtung zu begründen, d. h. er verpflichtet sich nicht, schlechthin die Schuld des Schuldners durch den Vertrag selbst zu übernehmen. Der Bürge beabsichtigt auch nicht, den Hauptschuldner von seiner Verpflichtung zu befreien (im allgemeinen denkt der Bürge ja überhaupt nicht daran, dass er einmal zahlen müsse)[74]. Der Dritte ist und bleibt eigentlicher Schuldner. An der Seite der Hauptschuld steht die Bürgschaft als Nebenschuld, die ihren Zweck darin trägt, eine fremde Verpflichtung zu sichern. Anderseits wird die Sicherstellung des Gläubigers nicht darin gesehen, dass er von einem Verlust der Forderung überhaupt nicht mehr getroffen werden könne, sondern seine Aussicht auf Befriedigung wird nur soweit vergrössert, als er gesichert werden soll gegen Insolvenz des Haupt-

70) Vgl. Oser: zu Art. 492 OR, N. 21, Kommentar; Guhl: Bürgschaft, S. 366; Becker: zu Art. 492 OR, N. 22, Kommentar.
71) Westerkamp W.: Bürgschaft und Schulbeitritt, S. 77.
72) Kiefer Ernst: Garantievertrag und Bürgschaft (Diss. jur.).
73) Vgl. Oser, zu Art. 492 OR, N. 5, Kommentar; Keller Fritz: Ueber die Hypothekarbürgschaft, S. 12.
Hauck Julius: Ueber Bürgschaft und ihre Arten, S. 11.
Schulthess: Z. Sch. R. N. F., S. 68: Der Sicherungszweck ist der Bürgschaft inhaerent und begriffswesentlich; ohne Sicherung keine Bürgschaft.
74) Vgl. Oser, zu Art. 492 OR, N. 6, Kommentar.

schuldners. Der Bürge bezweckt die Schadloshaltung des Vermögensbestandes des Gläubigers, er will also dessen Person schützen. Damit aber etwas geschützt, gesichert werden kann, muss etwas zu Sicherndes vorhanden sein[75]. Notwendig ist also der Bestand der Hauptschuld. Erst dann, wenn der Hauptschuldner nicht oder nicht völlig erfüllt, wird der Bürge für die Erfüllung eintreten. Durch die Sicherung wird jedoch nichts Neues geschaffen, sondern schon Bestehendes verstärkt. Der Sicherungszweck der Bürgschaft wird nicht zuletzt in der Definition selber ausgedrückt und in mehreren einzelnen Bestimmungen (Art. 494, 499, 500, 501, 506 OR) noch eingehend erläutert. Aus all diesen Bestimmungen wird die enge Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld klar gezeigt.

Neben der Akzessorietät ist der Bürgschaft wesentliches Merkmal die *Subsidiarität*[76]. Man versteht darunter, dass der Bürge erst dann dem Zugriffe des Gläubigers unterliegt, nachdem dieser vergeblich versucht hat, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. Wie früher bereits betont wurde, liegt die Leistung des Bürgen in seinem Einstehen. Gerade dieses Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit zeigt an, dass der Bürge nur «eventuell» in Anspruch genommen, dass er nur subsidiär für den Hauptschuldner eintreten will. Die Verpflichtung des Bürgen ist demnach grundsätzlich subsidiärer Natur[77]. Er braucht die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung einzustehen er sich verpflichtet hat, erst dann zu erfüllen, wenn der Gläubiger erfolglos versucht hat, die Erfüllung vom Hauptschuldner zu verlangen.

Dieser Grundsatz ergibt sich zwar nicht schon aus dem Begriff der Bürgschaft heraus, sondern vielmehr aus dem auf Sicherung des Gläubigers gerichteten Zweck der Bürgschaft. Aber eine Verpflichtung zur Leistung des Interesses kann erst dann fällig werden, wenn der versicherte Schaden einmal entstanden ist, d. h. die Hauptschuld nicht erfüllt wurde.

Der Grundsatz der Subsidiarität der Bürgenschuld wird in erster Linie in Art. 495 OR zum Ausdruck gebracht, der dem Bürgen die Einrede der Vorausklage gibt. Kiefer erkennt aber richtig, dass die Subsidiarität nicht bloss in der Einrede der Vorausklage erblickt werden darf, denn Subsidiarität bedeutet nach ihm nicht, dass der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen kann, wenn

75) Vgl. Schulthess: Z. Sch. R., N. F. 44, S. 79.
76) Vgl. Schulthess: Z. Sch. R., N. F. 44: Die Subsidiarität der Bürgschaft ist im Grunde nur eine Seite des Akzessorietätsprinzipes, nämlich die Akzessorietät in zeitlicher Hinsicht.
Vgl. Guhl: OR. S. 373.
77) Vgl. Kiefer: Garantievertrag und Bürgschaft, S. 45.

vom Hauptschuldner nichts zu bekommen ist, sondern dass der Bürge erst dann belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner bei Fälligkeit nicht leistet[78]. Schulthess führt hierüber weiter aus: «Das beneficium excussionis verstärkt nur den subsidiären Charakter der Bürgschaft, indem es die Leistungspflicht des Bürgen noch weiter hinausschiebt und diese nicht bloss vom Nichtleisten des Schuldners abhängig macht, sondern auch vom Misslingen des Versuches des Gläubigers, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen»[79]. Die Bürgschaft verliert also ihre Subsidiarität nicht, wenn die Einrede der Vorausklage fehlt.

Abschliessend darf festgestellt werden, dass die Subsidiarität nicht zwingender, sondern dispositiver Natur ist. Sie kann sowohl stark erweitert, als auch vom Parteiwillen ausgeschlossen werden. Hieraus ist zu sehen, dass die Subsidiarität für die Bürgschaft im Gegensatz zur Akzessorietät nicht begriffswesentlich ist.

2. *Der Vertragscharakter der Bürgschaft.*

Zur Begründung eines Bürgschaftsverhältnisses ist ein Vertrag notwendig, der zwischen dem Gläubiger des Schuldners und einem Dritten, dem Bürgen, zu schliessen ist. Auf beiden Seiten muss der Wille vorhanden sein, einen Bürgschaftsvertrag abzuschliessen[80]. Hierzu ist der Consensus der Willenserklärungen der Parteien unbedingt erforderlich (OR 1). Obwohl eigentlich die Bürgschaft die Beteiligung von drei Personen voraussetzt, stehen nur Bürge und Gläubiger als Vertragsparteien einander gegenüber; rechtlich wirkt der Hauptschuldner nicht mit. Die Bürgschaft kann ohne seinen Willen gültig abgeschlossen werden[81].

Der Bürgschaftsvertrag, in welchem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners verpflichtet, für die Erfüllung der Schuld einzustehen, ist an sich ein einseitiger Vertrag[82], denn nur der Bürge verspricht regelmässig eine Leistung. Die dem Gläubiger auferlegten Pflichten dürfen nicht als Gegenleistung bezeichnet werden. Es steht aber keineswegs dem Wesen der Bürgschaft entgegen, wenn der Gläubiger im Vertrag dem Bürgen noch besondere

78) Vgl. Kiefer und auch Schulthess: Z. Sch. R., N. F. 44, S. 94.
79) Vgl. Schulthess: Z. Sch. R., N. F. 44, S. 95, gleicher Meinung auch Reichel: die Schuldübernahme, München 1909.
80) Vgl. Becker, zu Art. 492 OR, N. 2, Kommentar.
81) Vgl. Beck, zu Art. 492 OR., N. 43; Becker zu Art. 492 OR. N. 2, Kommentar.
82) Vgl. Enneccerus: S. 562; Oser zu Art. 492 OR, N. 12, Kommentar.

Leistungen verspricht. Dadurch, dass auf beiden Seiten Schuld und Forderung einander gegenüberstehen, tritt die Bürgschaft in Form eines gegenseitigen Vertrages auf, sie wird somit zum Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages[83]. Notwendig ist aber, dass die Gegenleistung dem Bürgen selbst und nicht einem Dritten gewährt wird, auch wenn dieser am Zustandekommen der Bürgschaft interessiert ist. Die vom Gläubiger versprochene Gegenleistung macht die Bürgschaft somit zu einem zweiseitigen Vertrag, auf dem die Vorschriften die synallagmatischen Verträge Anwendung finden (Art. 82, 83, 95, 107, 109, 119, 494 OR).

C. Die Abgrenzung der Kreditversicherung von der Bürgschaft.

Die Lösung der Aufgabe, zwei verwandte Rechtsformen gegeneinander abzugrenzen, hat sich nach zwei Richtungen hin zu orientieren. Einerseits ist die Feststellung der begrifflich trennenden Unterscheidungsmerkmale zu versuchen, andererseits die Frage zu beantworten, nach welchen Gesichtspunkten ein konkreter Tatbestand zu interpretieren sei, der gemeinsame Merkmale beider Rechtsinstitute in sich trägt.

In unserem Falle ist vorerst zu untersuchen, wann ein Vertrag als Versicherungsvertrag und wann als Bürgschaftsvertrag anzusehen ist. Die Einordnung eines einzelnen Vertrages unter Versicherung oder Bürgschaft wird durch die Begriffsbestimmungen ermöglicht. Diese können aber nicht alle einzelnen Merkmale dieser bestimmten Vertragsarten enthalten, sondern müssen sich vielmehr damit begnügen, allgemeine Gesichtspunkte als Rahmen für die Abreden in dem Sinne aufzustellen, dass alle Verträge, deren Abreden in diesen Rahmen passen, als Verträge dieser Art zu gelten haben. Ein Vertrag kann daher immer dann unter Bürgschaft oder Versicherung subsumiert werden, wenn alle seine Einzelheiten in den Rahmen der

83) im Gegensatz zu Kiefer, der den zweiseitigen Vertragscharakter der Bürgschaft ablehnt. Der Zweck der Bürgschaft beruht nach ihm nicht auf einem Austausch von Leistungen.

Begriffsbestimmung passen. Es kann aber vorkommen, dass ein einzelner Vertrag in verschiedene Rahmen passt. Dies ist der Fall beim Kreditversicherungsvertrag, der bald als Bürgschaftsvertrag, bald als Versicherungsvertrag betrachtet wird. Es können aber nur Vorschriften der einen oder der anderen Gruppe anwendbar sein, nie beide Gruppen zugleich. Wirtschaftlich gesehen steht nach Pfisterer[84] fest, dass «die Kreditversicherung den grossen Dienst, den sie der Volkswirtschaft leisten soll, nur dann erfüllen kann, wenn sie als Versicherung aufgebaut ist».

Ob eine Versicherung oder eine Bürgschaft vorliegt, ist Tatfrage. Die Entscheidung richtet sich nach der Interessenlage und dem Willen der Parteien. Es ist unerheblich, wie der Vertrag bezeichnet wird, denn auch ein Vertrag, der Bürgschaftsvertrag genannt wird, kann trotzdem Versicherungsvertrag sein und umgekehrt[85]. Diese Auffassung wird auch in den Motiven zum BGB[86] vertreten, wo wörtlich gesagt wird, «dass bei der Feststellung der für die Bürgschaft geltenden Normen auf den Fall der Versicherung einer Forderung durch Assekuranzvertrag keine Rücksicht zu nehmen sei, während die Vorschriften über die Assekuranzversicherung einer Forderung als dem Versicherungsrecht angehörend, bei Feststellung des letzteren zu beraten seien». Daraus darf angenommen werden, dass es sich entweder um Bürgschaft oder um einen Versicherungsvertrag handeln muss, dass also die Kreditversicherung nicht eine Vermischung beider Vertragsarten sein kann. Es ist aber möglich, wie Pfisterer[87] richtig anführt, «dass durch Parteiabrede sowohl die Normen, die für die Bürgschaft gelten, als auch diejenigen, die für den Kreditversicherungsvertrag in Frage kommen, angewandt werden sollen». In diesem Falle handelt es sich um einen gemischten Vertrag[88]. Die Vorschriften für die Bürgschaften können jedoch bei der echten Kreditversicherung nicht unmittelbar in Anwendung gebracht werden. Eine allgemein gültige Regel, unter welcher Voraussetzung eine Forderungsversicherung zum Kreditversicherungsvertrag wird, kann nicht aufgestellt werden.

Es ist nun unsere weitere Aufgabe, die Grundsätze zu erörtern, worauf sich die Beurteilung, ob die Kreditversicherung ein Bürgschaftsvertrag oder ein Versicherungsvertrag ist, stützen muss[89].

---

84) Vgl. Pfisterer: S. 61.
85) Vgl. R.O.H.G., Bd. 5, S. 355.
86) Vgl. Motive zum BGB., S. 658.
87) Vgl. Pfisterer: S. 62.
88) Vgl. Massmann: S. 10.
89) Der Zweck ist derselbe, der Weg und das juristische Wesen sind verschieden.

I. Begriffliche Abgrenzung von Schadensversicherung und Bürgschaft.

Für unsere Betrachtung der Kreditversicherung kommt nur ein Versicherungsvertrag in der Art der Schadensversicherung[90] in Frage, deren Definition unmittelbar auf den Ersatz des entstandenen Schadens abgestellt werden kann, das ist eine Vereinbarung, womit sich der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer nach dem Eintritte des Versicherungsfalles den dadurch entstandenen Schaden nach Massgabe des Vertrages zu ersetzen, während der Versicherungsnehmer die Verpflichtung eingeht, an den Versicherer die vereinbarte Prämie zu zahlen. Dieser Begriff bedarf in einigen Punkten der näheren Erläuterung.

Schadenersatzpflicht bzw. Erfüllungspflicht.

Die Schadenersatzverpflichtung des Versicherers darf nicht mit der Schadenersatzverpflichtung nach den Vorschriften des Obligationenrechtes (oder BGB) verglichen werden, denn diese ist stets die sekundäre Folge einer unerlaubten Handlung oder der Verletzung eines Vertrages oder einer sonstigen Rechtspflicht, während die Leistung des Versicherers auf einem eigens zu ihrer Begründung abgeschlossenen Vertrag beruht. Die grundsätzliche Verschiedenheit muss vor allem darin erblickt werden, dass der Versicherer die Art seiner Ersatzleistung im Vertrage bestimmt, wähend sich die Art der Ersatzverpflichtung nach obligationenrechtlichen Vorschriften aus dem Gesetze ergibt[91]. Noch von grösserer Wichtigkeit ist ferner der Unter-

90) Vgl. Guhl: S. 738: Zur Schadensversicherung gehören alle Versicherungszweige, die einen oekonomisch feststellbaren Schaden als Folge des Versicherungsfalles zur Voraussetzung der Ersatzpflicht machen.
Vgl. Schnedelbach: S. 5: Die Kreditversicherung bildet unstreitig einen Zweig der Schadenversicherung. Gleicher Meinung sind auch Cosack: S. 392; Günther: S. 64 ff.; Massmann: ZfgV.W.: S. 146;
Die Ansicht Kohlers: S. 494: die Kreditversicherung innerhalb der Schadensversicherung ausschliesslich zur Versicherung unkörperlicher Güter von Vermögenswert rechnen zu wollen, können wir uns nicht anschliessen. Die Zweiteilung der Schadensversicherung in Versicherung von Sachen und unkörperlichen Gegenständen reicht nicht aus. Denn soweit die Kreditversicherung Schutz gegen fehlerhafte Kreditgewähr bietet, sind keine einzelnen Vermögensbestandteile des Versicherten bedroht, sondern dessen gesamte Vermögenslage. So schon Lewis, Lehrbuch, S. 39, der sie zur Sachversicherung im Gegensatz zur Personenversicherung rechnet.

91) Vgl. Bruck: § 49, Anm. 2.

schied, dass der obligationenrechtlich Schadenersatzpflichtige grundsätzlich alle Folgen der schadenstiftenden Tatsachen auszugleichen hat, der Versicherer dagegen nur in dem Umfange für die Folgen haftet, in dem er die Haftung im Vertrag übernommen hat, also nur insoweit, als er sich vertraglich dazu verpflichtet hat. In dieser Hinsicht beschränkt sich die Ersatzleistung des Versicherers in der Regel auf den unmittelbaren Schaden[92] und umfasst nicht den entgangenen Gewinn. Nur der wirkliche Schaden soll ersetzt und dem Versicherten kein über diesen Ersatz hinausreichender Vermögensvorteil verschafft werden[93]. Es ist ferner nicht ausgeschlossen, dass im Versicherungsvertrag nicht nur eine Verminderung des Vermögens, die sich nach dem Eintritte des Versicherungsfalles gegenüber der ursprünglichen Vermögenslage ergibt, ersetzt werden kann, sondern dass auch ein Ausgleich des Schadens, der infolge des Eintrittes des Versicherungsfalles gegenüber einer für später erwarteten Vermögenslage entsteht, vereinbart werden kann[94].

Aus der Bestimmung, dass der Versicherer den Schaden nach Massgabe des Vertrages zu ersetzen hat, geht hervor, dass der Ersatz von einem bestimmten Willen des Versicherungsnehmers abhängig ist. Dieses Merkmal enthält keine Besonderheit des Versicherungsvertrages, und es ist daher nicht geeignet, ihn von andern Verträgen zu unterscheiden.

Selbständigkeit und Gegenseitigkeit.

Der Versicherungsvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag. Der Versicherungsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung der Prämien und der Versicherer zur Tragung des Risikos. Die Versicherung muss ein selbständiges Rechtsverhältnis sein[95], d. h. die Leistung des Versicherers muss sich aus einer besonderen Vereinbarung ergeben und darf in keinem inneren Zusammenhange mit einem anderen Rechts-

92) Es verstösst aber nicht gegen das Wesen des Versicherungsvertrages, wenn der Versicherer auch den Ersatz des mittelbaren Schadens übernimmt.

93) Vgl. Art. 62 VVG.

94) Anderer Ansicht ist Molt: Versicherung ist Sicherung des gegenwärtigen Vermögens gegen Verluste, aber nie Zusicherung eines bestimmten Erfolges. Die Verpflichtung des Versicherers kann nicht auf Schadenersatz wegen Nichterfolges gehen. Demgegenüber darf aber klargestellt werden, dass die Verluste von Gewinnen, gegen die die Versicherung genommen werden kann, nicht solchen Gewinnen zu drohen brauchen, die auf Grund des gegenwärtigen Vermögens zu erwarten sind.....

95) Vgl. Guhl: S. 732; Beck: Das Bürgschaftsrecht, Kommentar, S. 19.

verhältnis stehen[96]. Auch in einem andern Sinne muss die Leistung des Versicherers selbständig sein. Die Leistung des Versicherers hängt nicht innerlich mit der Entstehung des Schadens zusammen wie die eigentlichen Schadenersatzverpflichtungen, sondern der Versicherer ersetzt den Schaden nur deshalb, weil er sich dazu verpflichtet hat. Dennoch darf die Verpflichtung des Versicherers einem Schadenersatz gleichgestellt werden, nämlich insofern, als der Versicherungsnehmer eine Leistung erhält, wenn er einen Schaden erlitten hat, und als durch die Leistung der Schaden ausgeglichen wird. Somit ist also der Schadenversicherungsvertrag ein selbständiger, gegenseitiger Vertrag, bei dem die Verpflichtung des einen Teils darin besteht, dem andern nach dem Eintritte eines bei Vertragsschluss ungewissen Ereignissen einen dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen[97].

Ein Bürgschaftsvertrag ist nach Art. 492 OR, ein Vertrag, in dem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, des Hauptschuldners verpflichtet, für die Erfüllung der Schuld des letzteren einzustehen[98].

II. Inhaltliche Abgrenzung bzw. Unterschiede.

Anhand der Begriffsbestimmungen sollen nun im folgenden die einzelnen Unterschiede der beiden Vertragsarten (Kreditversicherung und Bürgschaft) festgestellt und voneinander abgegrenzt werden.

Bei dieser Untersuchung gehen wir von folgenden Grundlagen aus: Dem Versicherer beim Versicherungsvertrag entspricht der Bürge beim Bürgschaftsvertrag. Sowohl der Versicherer als auch der Bürge werden als Sicherer bezeichnet. Ferner bezeichnen wir den Hauptschuldner des Bürgschaftsverhältnisses und den Schuldner der versicherten Forderung, die ebenfalls eine gleiche Stellung einnehmen, als Kreditschuldner, und Versicherungsverträge und Bürgschaftsverträge gemeinsam als Sicherungsverträge. Im Kreditversicherungsvertrag tritt als Versicherungsnehmer bald der Gläubiger,

96) Vgl. Bruck: S. 53.
97) Vgl. König: Versicherungsrecht, S. 30.
98) Für die Abgrenzung dieses Begriffes vgl. die Ausführungen über das Entstehen, die Akzessorietät usw.: S. 50 dieser Abhandlung.

bald der Kreditschuldner auf; Träger des versicherten Interesses ist aber immer der Gläubiger.

Leistungspflicht

Die Hauptunterschiede zwischen der Versicherung und der Bürgschaft liegen in der Verschiedenheit der Leistungen des Kreditversicherers und des Bürgen. Beide Leistungen weisen eine enge Verwandtschaft mit der obligationenrechtlichen Schadenersatzpflicht auf.

Wie wir schon früher gesehen haben[99], ist der Inhalt der Bürgenverpflichtung das Einstehen für das pflichtgemässe Tun des Hauptschuldners. Der Bürge haftet mit dem Vermögen, und zwar bis zu einem bestimmten Betrag. Die Schuld des Bürgen hat einen eigenen Inhalt und ist von dem der Hautpschuld verschieden. Der Bürge verpflichtet sich nicht, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, sondern er schuldet bedingt den nach seiner Bürgenverpflichtung zu bestimmenden Haftungsbetrag[100]. Die Folgerung, dass die Leistungspflicht des Bürgen auf Schadenersatz gerichtet, seine Leistung ein Schadloshalten ist, betrachtet Pfisterer[101] mit Recht als unrichtig, denn die Befriedigung durch den Bürgen kann in einem Zeitpunkt erfolgen, da der Gläubiger noch von keinem Schaden betroffen ist. Die Leistung des Bürgen ist nach ihm «nicht zu beurteilen nach Merkmalen, die ihr in bestimmten Sonderfällen eigen sind, nach zufälligen Wirkungen, die sie je nach der Art der Verpflichtung hervorbringt, sondern vielmehr nach der rechtlichen Natur der Bürgenverpflichtung, die aber keine Schadenersatz-, sondern eine Erfüllungsverpflichtung ist[102].

Schon die prozessuale Tatsache, dass nicht der Gläubiger die fruchtlose Ausklagung zu behaupten und zu beweisen hat, zeigt, dass die Bürgschaft nicht Schadenersatz ist[103]. Ebenso die Feststel-

99) Vgl. S. — ff. der Abhandlung.
100) Vgl. Pfisterer: S. 69.
101) Vgl. Pfisterer: S. 69.
102) Es ist leicht denkbar, dass die Erfüllungsverpflichtung und Schadenersatzpflicht ineinander übergehen, besonders wenn die Bürgschaftsverpflichtung, die sich auf eine zukünftige Leistung beziehen kann, auf den Ausfall beschränkt ist.
103) Roelli, S. 27: «Dagegen begründet die Bürgschaft, auch wenn sie gegen Entgelt oder, wie von den Amtsbürgschaften, gegen Prämienzahlungen geleistet wird, keinen Versicherungsvertrag. Sie ist ihrem rechtlichen Gehalt noch kein Schadenersatzversprechen, sondern ein nacktes Schuldversprechen. Der Bürge erklärt primär oder subsidiär das zu schulden, was ein anderer, der Hauptschuldner, ebenfalls schuldet.»

lung, dass der Bürge in einzelnen Fällen primär in Anspruch genommen werden kann, spricht klar gegen den Schadenersatzcharakter der Bürgschaft.

Der Versicherer hingegen ersetzt zunächst einen Schaden[104]. Voraussetzung seiner Leistung ist der Eintritt eines wirtschaftlichen Nachteiles im Vermögen des Geschädigten (des Versicherten). Der Schaden gehört also zu den klagebegründenden Tatsachen und muss von dem Versicherungsnehmer grundsätzlich bewiesen werden. Die Schadenersatzpflicht des Versicherers ist stets primärer Natur; sie darf nicht derjenigen des Obligationenrechtes gleichgestellt werden, da sie stets als sekundäre Folge eintritt. Der Schadenersatz des Versicherers darf daher nicht nach den Vorschriften des Obligationenrechtes beurteilt werden, denn der Schadenersatz stellt sich bei der Versicherung als eine im Vetrag versprochene Leistung dar.

Bei dieser Gegenüberstellung zeigt sich zunächst, dass nicht jeder Versicherungsvertrag, auch nicht jeder Kreditversicherungsvertrag, in seinen Einzelheiten dem Begriffe der Bürgschaft genügt.

Klagbarkeit.

Voraussetzung für eine klagbare Bürgschaft ist das Bestehen einer klagbaren Hauptverbindlichkeit (Forderung). An sich kann zwar jede zu Recht bestehende Hauptschuld verbürgt werden, notwendig ist nur, dass eine Verbindlichkeit rechtmässig übernommen ist, und zwar derart, dass dem Gläubiger von Rechts wegen eine Forderung zusteht[105]. Für eine klaglose Hauptschuld kann auch eine Bürgschaft geleistet werden, z. B. für eine Spiel- oder Wettschuld. In diesem Fall ist die Bürgschaftsschuld ebenfalls klaglos, denn für die Bürgschaft ist es wesentlich, dass der Bürge zu keiner Leistung gezwungen werden kann, die nicht auch gegen den Hauptschuldner vollstreckt werden kann. Der Bürge könnte auch dann nicht zur Zahlung verurteilt werden, wenn der Hauptschuldner trotz der Unklagbarkeit zahlungswillig ist, wegen Geldmangels aber nicht zahlen kann.

Anders ist es bei der Versicherung. Es kann hier auf die Entschädigungsleistung des Versicherers geklagt werden, sobald der wirtschaftliche Schaden entstanden, d. h. der Versicherungsfall eingetreten ist und die Verpflichtungen des Anspruchsberechtigten

104) Vgl. Molt: S. 25: Die Kreditversicherung kennzeichnet sich vor allem durch die Art der versprochenen Leistung, den Schadenersatz.
105) Vgl. Pfisterer: S. 71.

erfüllt sind. Der Versicherer kann nicht einwenden, es handle sich hier wegen des Fehlens einer klagbaren Forderung um keine Versicherung, sondern um Spiel oder Wette. Spiel oder Wette sind sog. Aleatorische Verträge, d. h. Verträge, bei denen es zur Zeit des Vertragsabschlusses ungewiss ist, ob der Vertrag der einen oder andern Partei zum Vorteil oder zum Nachteil gereichen wird. Die Versicherung unterscheidet sich aber von diesen beiden Vertragsarten dadurch, dass durch den Abschluss eines Versicherungsvertrages die Höhe des Vermögens des einen Teiles für einen bestimmten (oder bestimmbaren) Zeitpunkt sicherer, d. h. von einem Moment der Unsicherheit befreit wird. Zudem liegt auf seiten des Versicherers stets ein planmässiger Grossbetrieb vor, bei dem sich Vorteil und Nachteil ausgleichen. Ein weiterer Unterschied zwischen Versicherung und Spiel und Wette[106] liegt im Fehlen einer Bereicherungsabsicht.

Der Versicherer kann seine Leistung auch nicht mit der Begründung verweigern, beim Fehlen einer klagbaren Forderung fehle es an einem versicherbaren Interesse. Ehrenberg[107] bezeichnet Interesse als «eine Beziehung, kraft deren jemand durch eine im Versicherungsvertrage vorgesehene Tatsache einen Vermögensnachteil erleiden kann». Kisch[108] dagegen versteht unter Interesse das Vermögensgut, das dem Versicherten durch den Versicherungsfall entzogen würde. Dieses Vermögensgut will Kisch durch eine «konkrete wirtschaftliche Lage (Beziehung) des Versicherten» individualisieren[109]. Nach ihm besteht die massgebliche Vermögenslage «in der Beziehung des Versicherten zu dem positiven ‚Ding'»[110] das durch den Versicherungsfall betroffen wird».

Für die fragliche Beziehung herrscht Einverständnis darüber, dass sie wirtschaftlich sein muss, dass es aber für das Interesse gleichgültig ist, ob daneben eine rechtliche Beziehung besteht oder nicht[111]. Ein Schiffsmakler zum Beispiel hat ein Interesse an einem

106) Vgl. Pfisterer: S. 72: «Sie erstreben den Erwerb eines selbständigen Vorteils oder Gewinnes und führen zu einer Bereicherung des obsiegenden, weil die versprochene Leistung im Gegensatz zur Leistung des Versicherers nicht zur Ausgleichung eines Verlustes dienen muss».

107) Vgl. Ehrenberg: Handbuch, S. 8.

108) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 16.

109) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 17.

110) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 17, Anm. 8: «Das Wort „Ding" ist in unserem gegenwärtigen Zusammenhang weder gleichbedeutend mit Sache (körperlicher Gegenstand) noch auch mit Gegenstand (umfassend Sache und Rechte), sondern in dem denkbar weitesten Sinne von „Gut" verwendet».

111) Vgl. Ehrenberg: Handbuch, S. 9; Kisch: Bd. 3, S. 61; Hecker: S. 33; Hagen: Bd. 1, S. 370.

Dampfer, auch wenn die Linie des Dampfers in keinen ständigen Beziehungen zu ihm steht, wenn nur zu erwarten ist, dass bei den Verhältnissen des Hafens der Dampfer bei ihm klarieren wird; in diesem Falle liegt keine rechtliche, sondern nur eine wirtschaftliche Beziehung vor. Es liegt aber nicht immer ein Interesse vor, auch wenn eine rechtliche Beziehung gegeben ist. Ist zum Beispiel jemandem eine Sache gestohlen worden und fehlt die Aussicht auf Wiedererlangung, so wird er durch den Untergang der Sache selbst nicht mehr getroffen, obwohl er noch Eigentümer ist[112]. Wäre nun aber die rechtliche Beziehung das Interesse, so müsste er durch den Untergang betroffen werden. Also ist das Interesse keine rechtliche, sondern eine wirtschaftliche Beziehung zu der versicherten Sache, etwa die Möglichkeit, sie zu verwerten[113], sie zu gebrauchen[114], oder sonst Vorteil aus ihr zu ziehen. Daraus ergibt sich also, dass das Interesse eine wirtschaftliche Beziehung sein muss. Es ist aber möglich, dass neben der wirtschaftlichen Beziehung ein rechtliches Band besteht, dessen Bedeutung nur darin liegt, dass es die wirtschaftliche Beziehung schützt.

Die Ansicht[115], dass das Interesse bei der Kreditversicherung eine Beziehung des Gläubigers zu der Forderung darstelle, ist deshalb unrichtig, weil das «Ding», zu dem die Beziehung steht, etwas sein muss, auf das die schadenbringende Tatsache unmittelbar in einem dem Interessenten schädlichen Sinne einwirkt. Dies trifft auf die Forderung nicht zu. Die Forderung wird in ihrem rechtlichen Bestande nicht beeinträchtigt, auch wenn sie unerfüllt bleibt, sondern sie wird eher durch Verzugszinsen anwachsen. Der Interessent aber erleidet durch dieses Anwachsen noch keinen Schaden. Wird die Forderung andererseits rechtzeitig erfüllt, so geht sie unter. Der Interessent erleidet also einen Nachteil, wenn sein Interesse nicht beeinträchtigt wird. Aus diesem Grunde kann die Forderung nicht das «Ding» sein, zu dem die fragliche Beziehung besteht, sondern vielmehr das Vermögen des Schuldners als Ganzes. Das Vermögen des Schuldners ist es, an dem sich eine schadenbringende Tatsache in einem dem Interessenten schädlichen Sinn unmittelbar bestätigt. «Wird es so beeinträchtigt, oder wird es dem Zugriffe des Gläubigers in der Art entzogen, dass die erwartete Leistung aus ihm nicht mehr zu erlangen ist, so erleidet der Versicherungsnehmer durch diese Tatsache einen Schaden, und zwar mit seiner Forderung den

112) Vgl. Pfisterer: S. 73.
113) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 113; Ehrenberg: S. 27.
114) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 18; Hagen: Bd. 1, S. 371.
115) Vgl. Kisch: Bd. 3, S. 18; Hagen: Bd. 1, S. 371.

Ausfall, den der Versicherer bei der regelmässigen Form der Kreditversicherung zu ersetzen hat». Die Beziehung des Interessenten zu dem Vermögen des Schuldners ist immer wirtschaftlich, nicht rechtlich. Also sind Interesse und rechtliche Beziehung (Forderung) auch bei der Kreditversicherung unabhängig voneinander. Das Interesse kann nicht in der rechtlichen Beziehung liegen, sondern es muss eine wirtschaftliche Beziehung sein. Die Art der wirtschaftlichen Beziehung ergibt sich aus dem Vermögen des voraussichtlich Leistenden. Der Interessent wird durch die Beeinträchtigung des schuldnerischen Vermögens, also durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses, dadurch geschädigt, dass er die Aussicht hatte, aus diesem Vermögen eine Leistung zu erhalten. Die rechtliche Beziehung spielt bei der Kreditversicherung die gleiche Rolle: sie schützt die wirtschaftliche Beziehung, also die Aussicht auf die Leistung.

Das Ergebnis dieser Betrachtungen zeigt, dass ein Interesse also auch dann vorliegt, wenn keine klagbare Verbindlichkeit des Schuldners gegeben ist[116]. Nie ist das Bestehen einer klagbaren Verbindlichkeit für das Vorhandensein des Interesses erforderlich. «Für die Versicherung ist also nicht, wie für eine klagbare Bürgschaft, das Bestehen einer klagbaren Forderung notwendig».

Ferner ist zu sagen, dass die Interessenlage für den Bürgen eine andere ist, als für den Kreditversicherer. Die Kreditversicherung bezweckt nicht den Eintitt eines Erfolges, sondern die Sicherung des normalen Ablaufs einer Wertbewegung gegen Störungen durch Kreditgefahr (gleicher Meinung auch Molt: S. 25). Da der Kreditversicherer in der Hauptsache daran interessiert ist, dass er seine Prämie erhält und nicht daran, dass überhaupt Kredit gegeben wird, kann er sich bei Nichtbezahlung der Prämie von seiner Leistungspflicht befreien. Das kann aber der Bürge und auch der entgeltliche Bürge nicht, weil der Gläubiger die Voraussetzung seiner Haftungsübernahme schon durch die Kreditgewährung erfüllt hat.

Es ist auch die Ansicht vertreten worden[117], ein Bürgschaftsvertrag könne unter Umständen als Versicherungsvertrag angesehen werden[118]. Dies ist insofern richtig, als es begrifflich möglich ist, dass ein einzelner Vertrag mit allen Einzelheiten sowohl dem Begriff der Versicherung wie dem der Bürgschaft genügt. Der Vertrag

116) Vgl. Pfisterer: S. 73.
117) Vgl. ROHG 5, S. 332 ff.
118) In der Schweiz gibt es keinen planmässigen Bürgschaftsbetrieb wie in Deutschland. Deshalb ist es begrifflich unmöglich, einen Bürgschaftsvertrag mit allen Einzelheiten als Versicherungsvertrag anzusehen.

kann nicht eine Zusammensetzung beider Vertragsarten sein. Dazu ist zu bemerken, dass es den Parteien frei steht, ihre Vereinbarungen in beliebiger Weise zu fassen, und ferner zur Festsetzung ihrer Verpflichtungen auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Bürgschaft zu verweisen. «Damit wird aber die Vertragsart keineswegs geändert und die Verweisungen gelten nur kraft Vereinbarung und nicht kraft Gesetzes»[119].

Die Leistungspflicht des Versicherers wird davon abhängig gemacht, dass der Versicherungsfall (das bei Vertragsschluss als unsicher erwartete Ereignis) eingetreten ist und das versicherte Interesse beeinträchtigt worden ist. Bei der Bürgschaft dagegen hat der Gläubiger grundsätzlich nur darzulegen, dass er vom Kreditschuldner eine Leistung so zu fordern hat, wie er sie vom Sicherer verlangen würde. Es ist Sache des Sicherers, sich darauf zu berufen, dass seine und des Kreditschuldners Verbindlichkeiten erloschen seien. Dieser Grundsatz, dass der Gläubiger von dem Bürgen ohne weiteres die Leistung, die ihm der Hauptschuldner schuldet, verlangen kann, gilt nicht ausnahmslos. Bei gewissen, vom Gesetz vorgesehenen Verträgen, bei denen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, hat der Gläubiger auf Verlangen des Bürgen nachzuweisen, dass er erfolglos eine Zwangsvollstreckung versucht hat, dass also seine Forderung beeinträchtigt ist.

Im vollen Umfange gilt dieser Grundsatz bei den sog. selbstschuldnerischen Bürgschaftsverträgen (Solidarbürgschaft). Hier trägt der Sicherer die ganze Beweislast für eine etwaige Zahlung des Kreditschuldners. Die Bürgschaftsverträge unterscheiden sich im allgemeinen auf den ersten Blick von den Versicherungsverträgen.

Bei der Bürgschaft kann aber auch die Vereinbarung getroffen werden, dass der Gläubiger gegen den Bürgen nur dann vorgehen kann, wenn er zuerst den Hauptschuldner belangt und die Verwertung der Pfänder verlangt hat. Erfährt der Gläubiger auf diese Art keine Befriedigung, liegt ein Schaden vor, und der Gläubiger kann auf den Bürgen Rückgriff nehmen. In dieser Beziehung liegt eine Uebereinstimmung mit dem Versicherungsvertrag vor. Dennoch können solche Verträge keine Versicherungsverträge sein, da es Sache des Bürgen ist, den Gläubiger zur Darlegung der fruchtlosen Zwangsvollstreckung zu veranlassen. Bei der Versicherung hingegen gehört die Tatsache des Eintrittes des Versicherungsfalles zur Klagebegründung.

119) Vgl. Pfisterer: S. 74.

Die Geltendmachung der verschiedenen Leistungen mit Hilfe der Zwangsvollstreckung führt nicht immer zum Ziel. Die Parteien machen sich über deren Fruchtlosigkeit oft keine Gedanken, treffen daher keine Vereinbarungen. Das Gesetz regelt zwar meistens die Frage des Vertragswesens. Ist aber das Wesen ungewiss, so ist es unmöglich, die Regelung der Frage dem Gesetze zu entnehmen, denn das Gesetz kann erst angewendet werden, wenn die Art des Vertrages feststeht. «Solange aber die Parteien die Geltendmachung der Tatsache, dass vergeblich vollstreckt ist, nicht durch Vereinbarung geregelt haben, lässt sich die Art der Geltendmachung nicht ersehen, und lässt sich daher nicht entscheiden, ob ein Vertrag in dieser Hinsicht als Versicherungsvertrag angesehen werden kann oder nicht»[120].

Eine grosse Aehnlichkeit mit den Versicherungsverträgen weisen die sogenannten Schadlos- oder Ausfallbürgschaftsverträge auf, bei denen die Geltendmachung des Anspruches gegen den Bürgen nicht nur eine Beeinträchtigung der Forderung gegen den Hauptschuldner zur Voraussetzung hat, sondern bei denen diese Voraussetzung regelmässig auch in derselben Weise geltend gemacht werden muss, wie die Entstehung des Schadens bei den Versicherungsverträgen. Der Gläubiger muss zur Begründung der Klage dartun, dass er mit seiner Forderung gegen den Hauptschuldner (nach Anwendung aller rechtlichen Massnahmen) einen Ausfall erlitten hat. Die Abreden dieser Verträge können im einzelnen dem Begriffe des Versicherungsvertrages durchaus genügen[121]. Dass aber Verträge mit diesen Abreden Bürgschaftsverträge bleiben und nicht als Versicherungsverträge zu betrachten sind, erklärt sich daraus, dass bei ihnen Gegenstand und Voraussetzung der Leistungspflicht den Erfordernissen eines Bürgschaftsvertrages entsprechen, ferner, dass sie auch als einseitig verpflichtende Verträge abgeschlossen werden können; solche Verträge können keine Versicherungsverträge sein, da der Versicherungsvertrag die Zahlung eines Entgelts vorsieht, also notwendig zweiseitig sein muss.

Molt[122] glaubt einen Unterschied zwischen der Versicherung und der Bürgschaft darin zu sehen, dass durch die Versicherung nur Ersatz für einen Schaden versprochen werden könne, der dem Versicherungsnehmer gegenüber dem gegenwärtigen Zustande seines Vermögens erwachse, nicht aber für einen solchen, der sich aus dem Minderwert des Vermögens für die Zeit nach dem Eintritt des Ver-

120) Vgl. Pfisterer: S. 75.
121) Vgl. Pfisterer: S. 75.
122) Molt: S. 52.

sicherungsfalles gegenüber seinem für diese Zeit erwarteten Zustand ergebe. Aus diesem Grunde könne für die Ersatzleistung des Kreditversicherers nur der Wert der Forderung, den sie zur Zeit ihres Erwerbes durch den Versicherungsnehmer habe, massgebend sein; der Bürge könne aber ohne Rücksicht auf den Wert der Forderung jederzeit für ihren vollen Nennbetrag bürgen. Dieser Auffassung ist aber nicht beizupflichten, da der Versicherer auch Ersatz leisten kann für den Schaden, der gegenüber einer künftigen Vermögenslage entsteht[123].

Im weiteren sucht Molt einen Unterschied zwischen Versicherungsvertrag und anderen Verträgen darin zu finden, dass er dem Versicherungsvertrag allein die Form der Uebernahme einer durch die Gefahrenumstände objektivierten Gefahr zuspricht. Der Versicherer verpflichtet sich im Versicherungsvertrage in der Weise, dass er durch Eingehung der Verpflichtung dem andern Teile die wirtschaftlich nachteiligen Folgen eines befürchteten Ereignisses abnimmt. Nun verpflichtet sich aber auch der Bürge im Bürgschaftsvertrag die wirtschaftlich nachteiligen Folgen eines befürchteten Ereignisses, nämlich des Ausbleibens der rechtzeitigen Zahlung, zu tragen. Betreiben die Banken die Uebernahmen von Bürgschaften als besonderen Geschäftszweig, so wird der Gläubiger einen grösseren Einfluss auf die Zahlungswilligkeit des Schuldners haben. Es ist damit den Banken die Möglichkeit in die Hand gegeben, die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Zahlungsunfähigkeit aus verschiedenen Umständen zu berechnen, und sie können demnach auch die Höhe des Entgelts bestimmen. «Die Verträge, die in einem solchen Geschäftsbetriebe abgeschlossen werden, brauchen aber keine Versicherungsverträge zu sein, was schon daraus hervorgeht, dass unter ihnen auch selbstschuldnerische Bürgschaftsverträge abgeschlossen werden, die meistens keine Versicherungsverträge sind»[124]. Das Merkmal ist also nicht geeignet, den Kreditversicherungsvertrag von den Bürgschaftsverträgen zu scheiden[125].

123) Vgl. Ehrenberg: Handbuch, S. 301, ROHG 5, S. 332, 351.
124) Vgl. ROHG 5, S. 332 ff.
125) Vgl. ROHG 5, S. 332.

Entgeltlichkeit.

Das Hauptmerkmal, das die Kreditversicherung von der Bürgschaft unterscheidet, liegt in der Entgeltlichkeit[126]. Das Charakteristikum der Versicherung, so auch der Kreditversicherung, zeigt sich, wie Manes[127] sagt, in der Gegenseitigkeit[128]. Der Kreditversicherungsantrag ist notwendig ein zweiseitiger Vertrag. Bei der Versicherung für fremde Rechnung ist der Versicherungsnehmer zur Prämienzahlung verpflichtet, während der Versicherte, der ein wirtschaftliches Interesse am Nichteintritt des Versicherungsfalles hat, forderungsberechtigt ist. Dem Versicherten steht ein eigenes, selbständiges Recht gegen den Versicherer zu. Nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers trifft ihn eine subsidiäre Prämienzahlungspflicht. Der Kreditversicherer hat ein Interesse daran, dass er seine Prämie erhält und nicht daran, dass überhaupt Kredit gegeben wird. Bei Nichtbezahlung der Prämie kann sich der Versicherer von der Leistungspflicht befreien. «Die Leistungspflicht des Versicherungsnehmers ist nach Pfisterer[129] kein Entgelt dafür, dass der Versicherer die ihm obliegende Versicherungsleistung tatsächlich bewirkt, sondern dafür, dass er sich mit dem Risiko belastet, die Versicherungsleistung bei Eintritt des Versicherungsfalles bewirken zu müssen; der Versicherungsnehmer hat seine Prämie zu bezahlen ohne Rücksicht darauf, ob der Versicherer etwas zu leisten und wieviel und wann er zu leisten hat».

Der Kreditversicherungsvertrag, überhaupt jeder Versicherungsvertrag, ist also ein entgeltlicher Vertrag[130] [131], während der Bürgschaftsvertrag von Hause aus einseitig verpflichtend ist, allerdings auch gegenseitig[132] sein kann, und zwar in dem Sinne, dass der

126) Anderer Ansicht Schnedelbach: (S. 6) Nach ihm ist die Entgeltlichkeit der Kreditversicherung kein Kriterium zwischen Kreditversicherung einerseits und Bürgschaft andererseits.

127) Vgl. Manes: Assekuranzjahrbuch, Bd. 48, S. 79.

128) Vgl. Hensel: S. 52: Der Versicherungsvertrag ist ein von Anfang an gegenseitiger Vertrag.
Vgl. Hecker:, Natur des Versicherungsvertrages: S. 98.

129) Vgl. Pfisterer: S. 76.

130) Vgl. Roelli: S. 26.

131) Vgl. Guhl: S. 732.

132) Nach Enneccerus ist die Bürgschaft notwendig ein einseitiger Vertrag. Wird aber Bürgschaft gegen Entgelt geleistet, so hat sich nach ihm die Natur des Vertrages wesentlich geändert: so könne es sich z. B. um eine Kreditversicherung handeln. Dieser Auffassung können wir uns nicht anschliessen, denn die Bestimmung des BGB und s.VVG über die Bürgschaft behandeln nur die Verpflichtung und die besonderen Rechte des Bürgen, nicht aber die Rechte, die er sich für die Gewährung der Bürgschaft aus-

Bürge vom Gläubiger oder Hauptschuldner eine Gegenleistung für seine Bürgschaftsleistung verlangen kann. Dass aber solche Verträge durch Gegenseitigkeit nicht zu Kreditversicherungsverträgen werden, ergibt sich daraus, dass sie auch als selbstschuldnerische Bürgschaftsverträge (Solidarbürgschaftsverträge) abgeschlossen werden können, bei denen sich meistens auf den ersten Blick zeigt, dass sie keine Versicherungsverträge sind[133].

Oft zeigt sich schon hinsichtlich der Personen, die als Vertragsparteien auftreten, die rechtliche Natur der Verträge. Bei der Kreditversicherung kann sowohl der Kreditschuldner als auch der Kreditgläubiger den Vertrag mit dem Versicherer abschliessen. Je nachdem liegt eine Versicherung für fremde oder eigene Rechnung vor. Träger des versicherten Interesses am Nichteintritt des Versicherungsfalles ist aber immer der Kreditgläubiger.

Bei der Bürgschaft hingegen beruht die Bürgenverpflichtung auf einem Vertrag, der zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger abgeschlossen wird[134]. Mit diesem Merkmal kann aber ein Kreditversicherungsvertrag für fremde Rechnung nicht immer sicher von einem Bürgschaftsvertrag unterschieden werden. Verpflichtet sich nämlich ein Bürge dem Hauptschuldner gegenüber, für ihn eine Bürgschaft zu übernehmen, so kommt es oft vor, dass der Gläubiger den Antrag des Hauptschuldners als bevollmächtigter Vertreter des Bürgen ausdrücklich oder stillschweigend annimmt. Anderseits geschieht es bei der Fremdversicherung, dass den Versicherungsnehmer auf Grund eines Vertrages mit dem Versicherten die Pflicht trifft, eine Versicherung vorzunehmen[135]. Es kann dies, wie Pfisterer richtig sagt, ein speziell auf den Abschluss der Versiche-

bedingt. Hält das Gesetz das Fehlen oder Vorliegen einer Gegenleistung für wesentlich, so sagt es das ausdrücklich. Deshalb darf Mangels einer solchen Bestimmung angenommen werden, dass nach der Ansicht des Gesetzgebers das Recht auf die Gegenleistung keinen Einfluss auf das Wesen der Bürgschaft hat, d. h. ein Vertrag, durch den jemand eine Bürgenverpflichtung eingeht, ist nach dem Gesetze als Bürgschaftsvertrag anzusehen, gleichgültig, ob und in welcher Weise die Bürgenverpflichtung von Gegenleistungen abhängig ist: Enneccerus § 411 I. 4.

133) Vgl. Pfisterer: S. 77.

134) Enneccerus vertritt die Meinung: der Gläubiger könne auch aus einem Vertrage zwischen dem Bürgen und dem Kreditschuldner als Dritten berechtigt werden. Diese Ansicht widerspricht aber dem Wortlaut des § 765 BGB und Art. 492 OR. Demzufolge ist anzunehmen, dass die Entstehung einer Bürgenverpflichtung den Abschluss eines Vertrages zwischen Gläubiger und Bürgen zur Voraussetzung hat.
Gleicher Ansicht: Oertmann, §765 Anm. 1; Reichel: S. 151; Westerkamp: S. 475.

135) Vgl. Corrodi: S. 149.

rung gerichteter Auftrag oder irgend ein anderer Vertrag sein[136]. Hinsichtlich der Vertragsparteien ergibt sich also in diesen Fällen keinen Unterschied zwischen dem Versicherungsvertrag und der Bürgschaft.

III. Gemeinsamkeiten

Akzessorietät.

Trotz der Verschiedenheit zwischen Versicherung und Bürgschaft können in den Hauptleistungen des Kreditversicherers und des Bürgen manche Gemeinsamkeiten festgestellt werden. Auch bei der Kreditversicherung wird das Interesse durch eine Forderung geschützt, und die Versicherung deckt nun insoweit das Interesse, als der Schutz der Forderung reicht. Die Leistungspflicht des Versicherers und des Bürgen sind in diesen Fällen in fast gleichem Masse von der Höhe und der Kraft der Kreditschuld abhängig. Diese Uebereinstimmung beruht auf dem Grundgedanken, dass die Forderung und das durch sie geschützte Interesse vollständig gesichert werden sollen. Auf dieser Ueberlegung stützt sich bei der Bürgschaft der Grundsatz der Akzessorietät, der sagt, «dass die Verpflichtung des Bürgen in Kraft und Umfang immer der Verpflichtung des Hauptschuldners entspricht»[137]. Erlässt zum Beispiel der Gläubiger dem Kreditschuldner die Schuld, so fällt seine für die Forderung bestehende Bürgschaft dahin, weil die Verpflichtung des Bürgen (nach Kraft und Umfang) der des Hauptschuldners entspricht.

Dasselbe trifft auch bei der Versicherung zu. Bei der Kreditversicherung finden wir eine dem Grundsatz der Akzessorietät bei der Bürgschaft ähnliche Rechtslage[138]. Dem Versicherungsnehmer sind zwei Forderungen gegeben: die eine gegen den persönlichen Schuldner, die andere gegen den Versicherer. Der Versicherer steht zum Versicherungsnehmer in einem akzessorischen Verhältnis, und zwar insofern, als die erwähnten Forderungen bestehen, und insoweit die erste begründet ist und fortdauert. Ebenso muss eine für die Forderung bestehende Versicherung untergehen, denn wenn das Interesse nur soweit versichert ist, als es durch die Forderung geschützt wird, so liegt nach dem Wegfall der Forderung kein versichertes Interesse mehr vor, damit fällt auch die Versicherung.

136) Vgl. Pfisterer: S. 77.
137) Vgl. Staudinger: § 765, Anm. 6.
138) Gleicher Ansicht ist auch Schnedelbach: S. 7.

Beeinträchtigung der Forderung und schadenstiftendes Ereignis.

Eine weitere Uebereinstimmung in den Voraussetzungen der Leistungspflicht des Bürgen und des Versicherers lässt sich darin feststellen, dass die Beeinträchtigung der Forderung bei den Bürgschaftsverträgen in mancher Hinsicht dem schadenstiftenden Ereignisse bei Versicherungsverträgen entspricht. Beim Versicherungsvertrag muss das schadenstiftende Ereignis ungewiss sein. Man kann nur ein Ereignis bewirken, dessen Eintritt ungewiss ist. Ist der Eintritt des Ereignisses sicher oder ausgeschlossen, dann liegt entweder eine reine Schadenersatzverpflichtung vor, oder ein Versprechen, das keine Wirkungen enthält, weil es eine Leistung in einem objektiv unmöglichen Falle zum Gegenstand hat, dessen Unmöglichkeit nicht behoben werden kann. Auch ein Bürgschaftsvertrag liegt nur vor, wenn es bei seinem Abschluss ungewiss ist, ob die Forderung gegen den Hauptschuldner beeinträchtigt werden wird oder nicht. Der Unterschied zwischen der Versicherung und der Bürgschaft ist darin zu finden, dass die Entstehung der Leistungspflicht des Versicherers von dem ungewissen Ereignis abhängt, während der Bürge grundsätzlich zur Zahlung verpflichtet ist und seine Inanspruchnahme nur tatsächlich ungewiss ist.

Gefahranzeigepflicht.

Die Gefahranzeigepflicht im Versicherungsvertrag darf ebenfalls nicht als Unterscheidungsmerkmal angesehen werden. Diese Anzeigepflicht, die eine Obliegenheit darstellt, wird dem Versicherungsnehmer kraft Gesetzes auferlegt[139]. Beim Bürgschaftsvertrag ist der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht zur Sorgfalt verpflichtet. Der Gläubiger ist grundsätzlich nicht zur Beaufsichtigung des Hauptschuldners verpflichtet[140 141]. Es steht dem Bürgen frei, seine Haftung vertraglich von der Sorgfalt und von der Erfüllung einer Anzeigepflicht durch den Gläubiger oder Schuldner abhängig zu machen[142]. Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, so lässt sich oft im einzelnen Fall nicht unterscheiden, ob die obliegen-

139) Vgl. Art. 30, Abs. 1, s.V.V.
140) Vgl. BGE, Bd. 26 II. 252.
141) Eine Ausnahme besteht in der Amts- und Dienstbürgschaft. Wenn hier der Gläubiger die Aufsichtspflicht verletzt, so ist er dem Amts- und Dienstbürgen für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich.
142) Gleicher Meinung auch Tuason und Lerch, S. 65.

heitsartige Vereinbarung (Anzeigepflicht) auf Grund der Bestimmungen des VVG oder der allgemeinen Vertragsfreiheit getroffen ist. Somit entfällt auch hier die Möglichkeit, anhand dieses Merkmals einen Bürgschaftsvertrag von einem Versicherungsvertrag zu unterscheiden[143].

Schriftlichkeit.

Dass die Bürgschaftsverpflichtung schriftlich erteilt werden muss, kann nicht zur Unterscheidung der Verträge verwendet werden[144], denn diese Formvorschrift findet nur Anwendung, wenn feststeht, dass ein Bürgschaftsvertrag vorliegt; sie kann aber nicht zur Entscheidung herangezogen werden, ob ein solcher Vertrag gegeben ist.

Plan- und Gewerbsmässigkeit.

Vielfach wird als Merkmal des Versicherungsvertrages angesehen, dass die Verträge von seiten des Versicherers planmässig und gewerbsmässig in grosser Zahl abgeschlossen werden. Der Grund, dass Versicherungsverträge meistens planmässig in grosser Zahl abgeschlossen werden, ist darin zu suchen, dass nur so ein sicherer Geschäftsbetrieb möglich ist. Daraus folgt, dass die Planmässigkeit nicht zum Begriffe des Versicherungsvertrages gehört, sondern nur ein Merkmal darstellt[145], das sich wegen der Art seines Betriebes bei ihm findet[146]. Trotzdem fast ausnahmslos das Versicherungsgewerbe planmässig abgeschlossen wird, lehnt Pfisterer für das Deutsche Reich die Planmässigkeit und Gewerbsmässigkeit als Essentiale des Versicherungsvertrages ab, bejaht diese Frage aber für das schweizerische Recht auf Grund des Art. 101, Abs. 2, VVG.

143) Vgl. dazu auch ROHG 5, 351a, S. 356.
144) Gleicher Meinung ist auch Schnedelbach: S. 7. Wie sich bei der Behandlung des Vertragsschlusses ergeben wird, bedarf auch die Kreditversicherung gewöhnlich der Schriftform.
145) Vgl. Guhl: S. 732.
146) Vgl. Hagen: Versicherungsrecht, S. 18; Massmann: S. 11; Ehrenberg: L. Z. 1907. S. 171.
Für Planmässigkeit: Cosack, S. 395; dagegen: Ehrenberg, S. 62; Lehmann, S. 998; Müller-Erzbach, S. 661.
Nach Schnedelbach: S. 6, kann es sich hier nur um ein Naturale des Versicherungsvertrages handeln.

Anderseits kann eine Bank auch Bürgschaften planmässig in grosser Zahl abschliessen, vorausgesetzt, dass sie die Uebernahme von Bürgschaften als besonderen Geschäftszweig betreibt. Diese Verträge werden dadurch nicht zu Versicherungsverträgen; sie können auch als selbstschuldnerische Bürgschaften abgeschlossen werden und sind dann zweifellos nicht als Versicherungsverträge, sondern als Bürgschaftsverträge anzusehen.

Zusammenfassend stellen wir fest, dass sich auf Grund der Begriffsbestimmungen eine Reihe von Verträgen sicher entweder als Versicherungsverträge oder als Bürgschaftsverträge einordnen lassen. Ob Bürgschafts- oder Versicherungsvertrag im Einzelfall vorliegt, ist eine tatsächliche Frage. Sie hängt davon ab, welcher Parteiwille und welche Interessenlage aus dem Gesamtinhalte des Vertrages hervorgeht[147]. Es ist aber darauf zu achten, ob die Verträge auf Grund eines besonderen technisch betriebenen Geschäftes[148] abgeschlossen werden oder nur vereinzelt vorkommen, denn nach dem schweizerischen VVG und seinen Materialien, will der Gesetzgeber nur diejenigen Versicherungsverträge dem VVG unterstellen, die in planmässigen Geschäftsbetrieben durch eine konzessionierte Versicherungsgesellschaft abgeschlossen werden[149]. Nur wo eine rationelle Schadensverteilung unter eine Gefahrengemeinschaft auf Grund statistischer Massenbeobachtungen über die Häufigkeit und die Art des Risikos beweckt wird, kann von Versicherung gesprochen werden[150].

147) Vgl. ebenso Massmann: S. 10.
148) Vgl. Ostertag-Hiestand: S. 8.
149) Vgl. Roelli, Art. 1, S. 25.
150) Vgl. Ostertag-Hiestand, Versicherungsvertrag: S. 8 ff.